# Die Befreiung von der Nebenleistungspflicht der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

**unter Berücksichtigung des Kündigungsrechtes nach § 8 der Kartellverordnung.**

---

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg


Vorgelegt von

Paul Joachimi

Referendar in Neubrandenburg


**Berichterstatter: Herr Prof. Dr. jur. Rudolf Ruth**


Halle-1934

Buchdruckerei Carl Nieft, Bleicherode am Harz

**Dem Andenken meines unvergeßlichen Vaters!**

## SCHRIFTTUM.


André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zu § 139 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In Festgaben für Enneccerus 1913.

Bauer, Warum für Kartelle u. Syndikate die Form der G. m. b. H. so beliebt ist. Zeitschrift für A.G. und G.m.b.H. Jahrg. 34 S. 42. 1927.

Bauer, Kein Austritt aus einer G. m. b. H. Über die Anfechtung einer Nebenleistungspflicht wegen Irrtums oder Betruges (Urt. des OLG. Rostock v. 14. 7. 1910). Zeitschrift für A.G. und G.m.b.H. Jahrg. 18 S. 115/1911.

Bauer, Die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Mitgliedes aus der Kartell-G. m. b. H. und der Auflösung der letzteren. (R. G. v. 17. 5. 1929). Zeitschrift für A.G. und G.m.b.H. Jahrg. 37 S. 26. 1929/30.

Bauer, Einziehung des Geschäftsanteils einer Kartell-G. m. b. H. beim Erlöschen der Kartellpflicht des Gesellschafters (R. G. v. 2. 7. 1926). Zeitschrift für A.G. und G.m.b.H. Jahrg. 34 S. 11/1926.

Bauer, Satzungsgemäße Nebenleistungen eines Gesellschafters. (Kartellpflicht) sind unkündbar und von der Mitgliedschaft nicht zu trennen. (R. G. v. 30. 10. 1923). Jahrg. 31 S. 77/1924.

Brodmann, Gewerbe- und Industriekommentar. Bd. IV. Aktienrecht. 1928.

Brodmann, Gesetz betreffend die G. m. b. H. Kommentar. 2. Aufl. 1930.

Bruschwitz, Kann das Einigungsamt durch Zustimmung zu einer Teilkündigung die teilweise Auflösung eines Mietvertrages ermöglichen? In JW 1922, S. 789.

Buchholz, Die Nebenleistungspflichten der G. m. b. H. in Jher. Jhrb. Bd. 74, S. 260. 1924.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. 1930.

Düringer-Hachenburg-Geiler, Das Handelsgesetzbuch. II. 1. Allgemeine Einleitung. Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1932.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 13. Bearb. 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Aufl. 1932.

Feine, Die G. m. b. H., in Ehrenbergs Handb. des Handelsrecht, III. 3. 1929.

Fischer, R., Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handb. d. Handelsrechts, III. 1. 1929.

Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle. 2. Aufl. 1923.

Flechtheim, Kündigung eines Kartells in Form der Nebenleistungs-G. m. b. H. nach § 8 KV. In Kartellrundschau 25, S. 57, 1927.

Friedländer, Aktienrecht. 1932.

Gierke, J. v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. 1932.

Gierke, O. v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke O. v., Deutsches Privatrecht. Allgemeiner Teil und Personenrecht. 1895.

Gierke, O. v., Das Recht der Verbandspersönlichkeit. Jher. J. 35, S. 169, 1896.

Goldschmit, F., Die Aktiengesellschaft. 1927.

Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die G. m. b. H. 5. Aufl. 1926.

Hempfing, Die Kartellverordnung. 1930.

Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit. Gött. Diss. 1926.

Herzog, Ein Preisgaberecht bei Nebenleistungsgesellschaften. In Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht u. Konkursrecht. Bd. 97. S. 422. 1932.

Hirschland, Die Einziehung von Aktien. 1908.

Höniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge 1. Bd. Die gemischten Verträge in ihren Grundformen 1910.

Isay-Tschierschky, Kartellverordnung. 2. Aufl. 1930.

Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht in Encykl. der Rechts- und Staatswissenschaft. 4. Aufl. 1932.

Kaufmann, Verkaufssyndikate in der Form der G. m. b. H. Kündigung der Lieferungspflicht.
In Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1912. S. 409.

Klinger, Die Rechtsprechung des Kartellgerichts. 1930.

Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 3. Aufl. 1932.

Köppel, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft nach geltendem Handelsrecht. Leipziger Diss. 1926.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1906.

Krause, Die Kartellkündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kartellgerichts. 1931.

Kuhlenkampff, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. Kieler Diss. 1927.

Lehmann, H., Allgemeiner Teil des BGB. 3. Aufl. 1928.

Lehmann, K., Das Recht der Aktiengesellschaften. I. 1898.

Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. II. 2. Aufl. 1930.

Lenich-Fischer, Das deutsche Kartellgesetz. Kommentar zur Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923. — 1924.

Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. 1904.

Liebmann-Saenger, Kommentar zum Gesetz betreffend die G. m. b. H. 7. Auflage 1927.

Loening, G., Die Grundstückmiete als dingliches Recht. 1930.

Lucas, Kartellvertrag und Kartellorganisation. In Kartellrundschau. 1927. S. 4.

Marwitz, Anm. zu RGE 42/26 III. In JW. 1927, S. 2506.

Mittelstein, Anm. zu Entsch. des LG. Arnsberg 3 S. 103/21. In JW. 1922. S. 235.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 2.—3. Aufl. 1928.

Neukamp-Becker, Das Reichsgesetz betreffend die G. m. b. H. 5.—7. Aufl. 1922.

Oertmann, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1927.

Parisius-Crueger-Crecelius-Citron, Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 12. Aufl. 1932.

Pinzger, Kündigung der Nebenleistungsverpflichtung des Gesellschafters einer G. m. b. H. nach § 8 der Kartellverordnung, In Ztschr. f. A. G. und G. m. b. H. Jhrg. 37, S. 75 1930.

Planck-Knoke, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1913.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Kommentar. 7. Aufl. 1934.

Riesenfeld, Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses im Körperschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. In Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 19, 1932.

Roth, Das individualistische und das kollektivistische Organisationsprinzip im Rechte der A. G. und G. m. b. H. In L. Z. 1912. S. 266.

Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. In Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 9. 1928.

Ruth, Eintritt und Austritt von Mitgliedern. Eine Studie zum Körperschaftsrecht. In Ztschr. f. d. ges. Handels- u. Konk. Recht. Bd. 88, S. 454. 1926.

Ruth, Mietrecht für Wohn- und Geschäftsräume. 1926.

Sallach, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. Leipziger Diss. 1910.

Scholz, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz in seiner neuesten Fassung. 1928.

Schütt, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. Kölner Diss. 1928.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staub-Pinner, Kommentar zum HGB. 14. Aufl. 1933.

Staudinger, v., Kommentar zum BGB. und den Einführungsgesetzen. I. Bd. Allgemeiner Teil. Erl. von Loewenfeld u. Riezler. 9. Aufl. 1925.

Wieland, Handelsrecht. I u. II. 1921 u. 1931. In Bindings system. Handb. d. dtsch. Rechtswiss.

Wolff, Die Nebenleistungs-Akt.-Ges. des neuen Handelsgesetzbuches in Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Wilcke. 1900.

---

Juristische Wochenschrift. (= JW).

Jherings Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. (Jher. Jhrb.).

Zeitschrift für A. G. und G. m. b. H.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

Kartellrundschau. (= KRdsch.).

Leipziger Zeitschrift (= LZ).

Sächsisches Archiv für Rechtspflege (= Sächs. A.).

Seufferts Archiv (= Seuff. Arch.).

Rechtsprechung des Kartellgerichts in Kartellrundschau und JW.

Rechtsprechung des Reichtsgerichts in: RGZ, JW, KRdsch., LZ. Seuff. Arch.

Rechtsprechung anderer Gerichte in JW.

---

INHALT:


Seite:

Einleitung 9

I. Kapitel: Allgemeiner Überblick 11

§ 1. Die Lösungsmöglichkeiten aus der Grundform der Kapitalgesellschaft 11

a) Das Ausscheiden aus einer Personenvereinigung im allgemeinen 11

b) Die Veräußerung der Aktie und des Anteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 11

c) Die Auflösungsklage nach § 61 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung 14

d) Sonstige Lösungsmöglichkeiten 14

§ 2. Die Grundlagen der Nebenleistungsgesellschaft 16

II. Kapitel: Die Lehrmeinungen 18

§ 3. Die Lehrmeinungen zu der Frage der Befreiung von der Nebenleistungspflicht im allgemeinen 18

a) Die Sondervertragstheorie 18

b) Die Theorie der einheitlichen Begründung der Gesamtmitgliedschaft einschl. der Nebenleistungspflicht 19

aa) Die strenge Durchführung dieser Lehrmeinung 19

bb) Die Annahme einer Sonderstellung von Anfechtung und Rücktritt trotz Einheitlichkeit der Mitgliedschaft 20

cc) Erweiternde Auslegung des § 61 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung 21

dd) Die Konstruktion eines rechtlich selbständigen Nebenleistungsverhältnisses 22

c) Die Auffassung der Körperschaft als einer besonders gearteten bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft 25

d) Die Theorie der Nutzungsgemeinschaft 25

§ 4. Die Auslegung des § 8 der Kartellverordnung 26

Seite:

III. Kapitel: Die Befreiung von der Nebenleistungspflicht der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 29

§ 5. Die Begründung der Nebenleistungspflicht im Verhältnis zu der Begründung der Mitgliedschaft und die innere Beziehung der Mitgliedschaft zu der Nebenleistungspflicht 30

a) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im allgemeinen 30

b) Die Rechtslage bei der Nebenleistungsgesellschaft 31

§ 6. Der Rechtscharakter der Nebenleistungsgesellschaft 35

a) Abweichungen vom Normaltypus 35

b) Das körperschaftliche Element 36

§ 7. Die Schlußfolgerung 38

§ 8. Die Wirkung einer Kündigung nach § 8 der Kartellverordnung 43

§ 9. Die wirtschaftliche Brauchbarkeit der gefundenen Lösung 47

# EINLEITUNG.

Im Aktienrecht und im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gibt es Vereinigungsformen, die von der regelmäßigen Form der Aktiengesellschaft (A. G.) und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.) dadurch abweichen, daß sie von ihren Mitgliedern mehr als lediglich die Beteiligung mit einer Kapitaleinlage verlangen. Sie legen ihnen darüber hinaus sogenannte Nebenleistungen auf und binden durch die Art ihres rechtlichen Aufbaues die Mitglieder in einer dem Korporationsrecht sonst fremden Weise auf Dauer. Es ist daher bereits mehrfach die Frage erörtert worden, ob für die Mitglieder einer solchen sogenannten Nebenleistungsgesellschaft sowohl im Hinblick auf die Zukunft als auch mit rückwirkender Kraft nur dieselben wenigen und, soweit vorhanden, an weitere Voraussetzungen geknüpften Lösungsmöglichkeiten des allgemeinen Aktien- oder G. m. b. H.-Rechts bestehen oder ob mit Rücksicht auf die durch die Auferlegung der Nebenleistungen im Regelfall herbeigeführte Dauerbindung andere Rechtssätze zur Anwendung zu kommen haben.

Die Frage ist wirtschaftlich für die Mitglieder von Nebenleistungsgesellschaften von großer Bedeutung. Häufig tritt der Fall ein, daß ein Mitglied durch Veränderung seiner wirtschaftlichen Lage nicht mehr imstande ist, den ihm auferlegten Nebenverpflichtungen nachzukommen, daß es aber andererseits niemand findet, der an seiner Stelle in die Nebenleistungsgesellschaft einzutreten bereit ist. Infolgedessen versagt die Gesellschaft ihre zum Austritt erforderliche Genehmigung und macht dem Mitglied somit die Benutzung der regelmäßigen Austrittsmöglichkeit unmöglich. Diese Lage ergibt sich umso häufiger, als der Interessenkreis der Abnehmer infolge der sachlichen Beschränkung der Nebenleistungspflicht im Regelfall nur klein ist. Wegen dieser Lösungsschwierigkeiten und der langen Dauer der Bindung ist von ähnlich großer Bedeutung die Frage, ob eine rückwirkende Aufhebung des Mitgliedschaftsverhältnisses durch Anfechtung der Beitrittserklärung — sei es in ihrer Gesamtheit sei es soweit sie die Nebenleistungen allein betrifft — bei Vorhandensein von Willensmängeln möglich ist, oder ob auch in dieser Hinsicht die strengen Vorschriften des Aktien- oder G. m. b. H.-Rechts schlechthin zur Anwendung zu kommen haben. Das Gleiche gilt von der rückwirkenden Lösung durch Rücktritt beim Vorliegen der Voraussetzungen hierfür.

Eine Abhilfe ist für diejenigen Nebenleistungsgesellschaften, deren Nebenleistungen Kartellpflichten zum Gegenstande haben, durch § 8 der Kartellverordnung (K. V.) geschaffen worden. Allerdings handelt es sich hierbei nicht auch um eine rückwirkende, sondern nur um eine Lösung mit Wirkung auf die Zukunft. Damit entfällt zwar für einen Teil der Nebenleistungsgesellschaften das Interesse an der Feststellung einer besonderen Befreiungsmöglichkeit. Für alle übrigen Nebenleistungsgesellschaften ist aber nach wie vor das Bedürfnis einer Klä-

rung dieser Frage vorhanden. Im Rechte der Kartellnebenleistungsgesellschaft ist dafür durch die Einführung des § 8 K. V. eine neue Streitfrage aufgetaucht, nämlich über den Rechtscharakter einer Kündigung nach § 8 K. V. und damit über die Wirkungen eines Vorgehens auf Grund dieser Vorschrift. Auch diese Frage ist wirtschaftlich von großer Bedeutung sowohl für die Kartell m i t g l i e d e r als auch für das Kartell selbst, das in Form einer Nebenleistungsgesellschaft begründet ist. Es bedarf keiner Hervorhebung, daß es für beide Teile von Wichtigkeit ist, ob nach einer gemäß § 8 K.V. ausgesprochenen Kündigung Mitglied und Kartell völlig voneinander gelöst sind oder ob das Mitglied auch nach Aufkündigung der Kartellpflichten noch Mitglied der A. G. oder G. m. b. H. ist und in dieser Stellung etwa noch mitgliedschaftliche Funktionen ausüben kann. Da auch die Kündigung nach § 8 K. V. eine besondere Art der Befreiung gewährt und da ferner auch ihr rechtlicher Charakter aus der gleichen Grundlage zu erkennen ist wie die Lösung der Frage nach den sonstigen Befreiungsmöglichkeiten, so gehört auch sie zu dem hier aufgerollten Fragenkomplex.

Aufgabe dieser Arbeit soll es daher sein, unter Darstellung der hauptsächlichst vertretenen Lehrmeinungen zu untersuchen, auf welche Weise die Mitglieder einer wie immer gearteten Nebenleistungsgesellschaft sich von ihrer Mitgliedschaft befreien können. Dabei soll versucht werden, vom Wesen und rechtlichen Grundcharakter der Nebenleistungen ausgehend, die rechtlich möglichen Folgerungen zu ziehen und auf diese Weise eine wirtschaftlich brauchbare Lösung zu finden. Dies erscheint der einzig mögliche Weg, um aus der Wirrnis der Lehrmeinungen, die wie die spätere Darstellung zeigen wird, hinsichtlich der hier zur Erörterung stehenden Fragen entstanden ist, zu einem klaren Ergebnis zu kommen. Nicht aber darf, wie es vielfach geschehen ist, das Streben, eine wirtschaftlich vernünftige Lösung zu finden, zu einem Verzicht auf exakte methodische Forschung überhaupt führen. Die Frage der wirtschaftlichen Brauchbarkeit darf geschehen ist, das Streben, eine wirtschaftlich vernünftige Lösung dienen. Als solcher muß sie dann allerdings auch benutzt werden, da ein rein abstrakt gefundener Weg nur in dem Fall für das Rechtsleben, dessen Ausgestaltung zu dienen ja allein das letzte Ziel aller Rechtswissenschaft ist, Bedeutung hat, wenn er praktisch gangbar ist.

Im folgenden sollen die A. G. und die G. m. b. H. gemeinsam behandelt werden. Weisen sie schon im allgemeinen so geringe Unterschiede auf, daß man die eine als die „leicht geschürzte Tochter"[1]) der anderen bezeichnet hat, so sind die Unterschiede in der hier zur Entscheidung stehenden Frage so unbedeutend, daß eine zusammenfassende Erörterung beider am Platze erscheint. Es könnte auf den ersten Blick so scheinen, als ob die G. m. b. H. wegen ihrer stärker individualistischen Prägung eine andere Behandlung als die durch und durch kapitalistische A. G. erheischte. Das ist aber nicht der Fall. Zwar kommt die persönliche Mitwirkung der Gesellschafter bei der G. m. b. H. in deren Geschäftsführung in Betracht, was bei der A. G. im allgemeinen nicht der Fall ist; auch stehen die Gesellschafter einer G. m. b. H. schon wegen der in der Regel weit geringeren Anzahl in engerer Fühlungnahme, aber gerade in allen den Fragen, die die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft sowie das Entstehen und Vergehen der Körperschaft betreffen, entscheidet der beiden innewoh-

[1]) J. v. Gierke, § 47 II 3 e.

nende kapitalistisch-körperschaftliche Charakter[2]). Wo sich aus der Eigenart der Gesellschaftsform Unterschiede ergeben, wird besonders darauf hingewiesen werden.

## I. KAPITEL: ALLGEMEINER ÜBERBLICK.

### § 1. Die Lösungsmöglichkeiten aus der Grundform der Kapitalgesellschaft.

#### a) Das Ausscheiden aus einer Personenvereinigung im allgemeinen.

Bei einer Betrachtung des Rechtes der Personengemeinschaften im weitesten Sinne ergibt sich vom wirtschaftlichen Standpunkt aus folgendes Bild der vorhandenen Lösungsmöglichkeiten. Bei dem Verein und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sowie bei der offenen Handels- und Kommanditgesellschaft des Handelsrechts und auch bei der eingetragenen Genossenschaft ist ein Ausscheiden des einzelnen Gesellschafters stets ohne weiteres möglich — sei es unter Zersprengung des alle umfassenden Gesellschaftsbandes, so grundsätzlich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft, sei es unter alleiniger Herauslösung des ausscheidenden Mitgliedes bei Aufrechterhaltung der Vereinigung im übrigen, so bei dem eingetragenen und nichteingetragenen Verein, der eingetragenen Genossenschaft und zufolge satzungsmäßiger Bestimmung bei den bürgerlich- und handelsrechtlichen Personalgesellschaften. Diese Freiheit in der Lösung des gesellschaftsrechtlichen Bandes fehlt jedoch bei den rein kapitalistischen Vereinigungsformen der A. G. und der G. m. b. H. wegen ihres kapitalistischen Charakters und der durch diesen bedingten Rücksichtnahme auf die Erhaltung des Stammkapitals. Rechtlich gesehen sind die Arten der Lösung bei den vorgenannten Vereinigungen unter sich verschieden, je nachdem ob es sich lediglich um eine bloße Gesellschaft oder um eine Körperschaft, d. h. also eine mit eigener Satzung versehene, vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Personenmehrheit handelt. Während dort das Rechtsverhältnis durch einseitige Kündigung zum Erlöschen gebracht wird, vollzieht sich hier der Austritt durch einen körperschaftlichen Gesamtwillensakt, ohne daß dadurch der Bestand der Korporation im übrigen berührt würde[3]). Aber wirtschaftlich ist die Wirkung überall dieselbe: Befreiung aus dem gesellschaftlichen oder körperschaftlichen Bande, damit Mobilisierung der Kapitaleinlage.

#### b) Die Veräußerung der Aktie und des Geschäftsanteils der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die A. G. und die G. m. b. H. sind ebenfalls Körperschaften. Sie haben aber als Kapitalgesellschaften die Besonderheit, daß sie ein un-

[2]) vgl. die einander entsprechenden Vorschriften über Gründung und Beendigung der A. G. und G. m. b. H.

[3]) Vgl. Ruth, Eintritt und Austritt, S. 512, auch Feine, G.m.b.H., S. 369 ff. u. a.
Nach a. A., und zwar der einstweilen noch herrschenden, geschieht der Austritt auch hier einseitig. Wesentlich ist demnach nicht der Charakter des Ausscheidens an sich als vielmehr die Wirkung auf die Vereinigung; vgl. statt anderer: für den bürgerlich-rechtlichen Verein: Enneccerus-Nipperdey § 105 V, für die eingetr. Gen.: Parisius-Crueger-Crecelius-Citron § 65 Anm. .1

antastbares Stammkapital aufweisen. Infolgedessen sind sie zwar grundsätzlich als Korporationen anzusprechen, jedoch kommt auf sie eine Reihe spezieller Vorschriften zur Anwendung. Das Ausscheiden aus der A. G. und der G. m. b. H. vollzieht sich daher grundsätzlich ebenso wie beim eingetragenen und nichteingetragenen Verein des bürgerlichen Rechts durch körperschaftlichen Gesamtwillensakt, jedoch sind noch gewisse weitere Voraussetzungen zu erfüllen. Während dort die mitwirkende Zustimmung der Körperschaft — u. U. mit gewissen Zeitbeschränkungen — von vornherein gegeben, daher entbehrlich ist, bedarf der Austritt aus der A. G. nur dann deren Zustimmung nicht, wenn ihre Aktien auf den Inhaber gestellt sind; bei Namensaktien und Geschäftsanteilen muß die Zustimmung zum Austritt in den meisten Fällen ausdrücklich erklärt werden[4]). Die Zustimmung ist dann in das freie Ermessen der Gesellschaft gestellt, das allerdings durch die Satzung in der Weise eingeschränkt sein kann, daß sie nur aus wichtigem Grunde die Zustimmung verweigern darf. In allen diesen Fällen ist das Ausscheiden des Mitgliedes tatsächlich wesentlich erschwert. Denn wenn es auch rechtlich keinen Unterschied macht, ob die Zustimmung von vornherein gegeben ist oder erst von Fall zu Fall erteilt wird, so bedeutet das Erfordernis des ausdrücklich zu erklärenden Einverständnisses doch wirtschaftlich eine Erschwerung des Austritts, da es der Körperschaft freisteht, ihre Zustimmung zu versagen. Eine solche Möglichkeit zur Hinderung unerwünschter Austritte besteht bei allen anderen Korporationen nicht.

Das Hauptunterscheidungsmerkmal zu dem Austritt aus einer anderen Körperschaft aber ist das, daß die Zustimmung zum Ausscheiden des Mitglieds — sei es allgemein, sei es im Einzelfall — stets nur dann erteilt wird und, soweit die Zustimmung nicht erforderlich ist, die Austrittserklärung nur dann Wirksamkeit hat, wenn das austretende Mitglied an seine Stelle einen Ersatzmann stellt. Die Zustimmung der A. G. und der G. m. b. H. zur Veräußerung der Aktie oder des Anteils betrifft daher nicht lediglich den Eintritt des neuen Aktionärs oder Gesellschafters, sondern darin, daß sie dem Übergang des Mitgliedschaftsrechts zustimmt, liegt gleichzeitig ihr Einverständnis mit dem Austritt des bisherigen Mitgliedes[5]). Der Unterschied zu dem Ausscheiden aus einer nichtkapitalistischen Körperschaft ist somit zwar nur ein äußerlicher, aber ein in wirtschaftlicher Hinsicht recht bedeutsamer. Wenn es nun auch beim normalen Entwicklungsgang der Gesellschaft nicht schwer halten wird, einen Erwerber zu finden, zumal wenn man beachtet, daß die Inhaberaktie in weitaus den meisten Fällen börsenfähiges Papier geworden ist, so wird sich der Verkauf jedoch dann schwierig gestalten, wenn die A. G. oder die G. m. b. H. in eine wirtschaftlich bedrängte Lage geraten ist. In

---

[4]) Vgl. Ruth, Eintritt und Austritt, S. 512.
Nach der herrschenden Ansicht vollzieht sich auch hier der Austritt im Regelfall durch einseitige Willenserklärung und stellt sich die Mitwirkung der Gesellschaft als Ausnahme dar. Mit Recht weist Ruth auf die Folgeunrichtigkeit dieser Ansicht hin, indem er erwähnt, daß bei einem außerplanmäßigen Ausscheiden stets die Mitwirkung der Korporation erforderlich ist, vgl. a.a.O. S. 513. Die andere Ansicht verkennt das Wesen des schöpferischen Gesamtaktes überhaupt, wenn sie zwar den Eintritt als auf einem Gesamtakt beruhend annimmt, den Austritt jedoch als einseitigen Akt ansieht.

[5]) Vgl. Ruth, Eintritt und Austritt, a.a.O.

diesem Fall wird es dem Gesellschafter, der der Korporation noch aus ihrer besseren Zeit her angehört, kaum gelingen, seine Mitgliedschaft ohne nennenswerte Kursverluste aufzugeben. Das Ausscheiden kann aber zur Unmöglichkeit werden, wenn auf der Aktie noch Nebenverpflichtungen lasten, die zu übernehmen schon bei normalem Entwicklungsgang nur schwer sich jemand bereit findet, die an einen Dritten zu veräußern aber bei schlechter Lage der Gesellschaft schon mit Rücksicht auf den kleinen in Betracht kommenden Interessentenkreis so gut wie ausgeschlossen erscheinen muß, worauf bereits einleitend hingewiesen wurde.

Erwähnt sei, daß der Erwerber der Aktie oder des Anteils nicht unter allen Umständen ein Dritter zu sein braucht. Es kann auch ein bisheriges Mitglied sein, und sogar die Körperschaft selbst kann dem Mitglied den Anteil oder die Aktie abnehmen. Die Befugnis dazu ist zwar durch die Vorschriften des § 226 HGB. und des § 33 G.m.b.H.-Ges. stark eingeschränkt, ohne daß aber durch einen Verstoß gegen dieselben etwa die Nichtigkeit des Erwerbes herbeigeführt würde, sofern die Einlage voll bezahlt ist[6]). Auch hier erteilt die Körperschaft ihre Zustimmung zum Austritt des bisherigen Mitglieds. Während jedoch, wie gezeigt wurde, regelmäßig mit dieser Austrittsbewilligung die Zustimmung zum Eintritt eines neuen Mitgliedes zusammenfällt, liegt hier anstattdessen in der Austrittsbewilligung gleichzeitig die Erklärung der Korporation, die Mitgliederstelle selbst zu übernehmen[7]). Tatsächlich scheidet also bei dieser Sachlage das Mitglied ohne Zuführung eines Ersatzmannes aus. Auf die besonderen Wirkungen des Erwerbes eigener Aktien oder Geschäftsanteile braucht hier nicht eingegangen zu werden, da die weiteren rechtlichen Schicksale der Mitgliedschaft für das ausgeschiedene Mitglied ohne Interesse sind[8]). Die letztge-

---

[6]) Staub-Pinner § 226 Anm. 2 a; Hachenburg § 33 Anm. 9.

[7]) Ruth, Eigene Aktien, S. 2.

[8]) Herrschende Lehre dürfte sein, daß die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ruhen, dafür spricht anscheinend auch der Gesetzestext; vgl. Staub § 226 Anm. 30, für die Vorschrift des § 226 in der bis 1931 geltenden Form.
Von dem hier vertretenen Standpunkt aus gehen sie unter, und lediglich die vermögensrechtlichen Beziehungen werden im Gläubigerinteresse aufrechterhalten; vgl. Ruth, Eintritt und Austritt, S. 515; Ruth, Eigene Aktien, S. 3 f. Auch nachdem durch die Novelle von 1931 ausdrücklich bestimmt ist, daß Stimm- und Dividendenrechte „ruhen", wird man trotz des entgegenstehenden Wortlauts diese Auffassung aufrechterhalten können. Denn es wird kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, sich für die eine oder die andere der bisher vertretenen Ansichten zu entscheiden, vielmehr sollte durch die neue Fassung lediglich klar zum Ausdruck gebracht werden, daß der Inhaber eigener Aktien Mitgliedsrechte nicht ausüben kann. Der Ausdruck „ruhen" ist hier also nicht rechtstechnisch gemeint, ist vielmehr durchaus farblos gebraucht. Jedenfalls gibt die Wortfassung allein noch nicht Veranlassung, die insbesondere von Ruth a.a.O., S. 2 ff. zur Zeit der Gültigkeit des alten Wortlauts für das Untergehen der Mitgliedschaft aufgeführten Gründe als unbeachtlich zu betrachten. A.A. Staub § 226, Anm. 30. In dem hier erwähnten farblosen Sinne wird der Ausdruck „ruhen" in dem gleichen Zusammenhang auch schon früher bei der Auslegung der alten Fassung von Cosack, S. 118 gebraucht.

nannte Beendigung der Zugehörigkeit eines Mitgliedes zu der Korporation ist im besonderen in den Satzungen von Rübenlieferungsgesellschaften in der Form vorgesehen worden, daß die Gesellschaft satzungsmäßig verpflichtet wird, unter gewissen näher bestimmten Voraussetzungen dem Mitglied seine Aktie oder seinen Anteil abzunehmen[9]). In dieser Satzungsbestimmung liegt die von vornherein gegebene Zustimmung der Korporation zum Austritt und ferner die Verpflichtung, die Aktie oder den Anteil den Mitgliedern abzunehmen.

### c) Die Auflösungsklage nach § 61 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Für den Gesellschafter einer G. m. b. H. gibt es außer der vorgenannten Austrittsmöglichkeit unter gewissen Voraussetzungen ein besonderes Kündigungsrecht, daß durch Klage geltend zu machen ist. § 61 G. m. b. H.-Ges. bestimmt, daß die Gesellschaft auf Klage eines Gesellschafters durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden kann, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, oder wenn andere in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe für die Auflösung der Gesellschaft vorhanden sind. Voraussetzung für solche gegen die Gesellschaft zu richtenden Klagen ist nach § 61, II G. m. b. H.-Ges., daß der oder die klagenden Gesellschafter Geschäftsanteile im Werte von mindestens einem Zehntel des Stammkapitals besitzen. Sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Beziehung ist, wie hieraus hervorgeht, der Wirkungsbereich dieser Vorschrift gering, da das Kündigungsrecht von einer Kapitalmindestbeteiligung abhängig und nur wegen solcher Gründe gegeben ist, die in der Gesellschaft selbst ihren Ursprung haben. Der für den Gesellschafter wichtigste Grund, nämlich der, daß er in wirtschaftliche Bedrängnis geraten ist und deshalb ohne Kapitalverluste aus der Gesellschaft auszuscheiden wünscht, wird hiervon nicht erfaßt. Im übrigen ist die Folge einer Auflösungsklage nach § 61 G. m. b. H.-Gesetz stets die Auflösung der g a n z e n Gesellschaft. Abweichende Satzungsbestimmungen sind hinsichtlich der Wirkungen nicht möglich, da nur die gesetzlich vorgesehenen Folgen dem Wesen einer kapitalistischen Rechtspersönlichkeit gerecht werden. Diese Vorschrift ist also zwingenden Rechts[10]). Wohl aber können die Voraussetzungen vereinfacht, nicht verschärft werden, und es bestehen auch gegen die satzungsmäßige Einführung dieses Rechtsinstituts in das Recht einer A. G. keine Bedenken[11]).

### d) Sonstige Lösungsmöglichkeiten.

I. Eine Besonderheit besteht bei der Gesellschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht. Nach § 26 G. m. b. H.-Gesetz kann durch die Satzung den Gesellschaftern die Pflicht auferlegt werden, unter gewissen Voraussetzungen Nachschüsse zu der Einlage zu leisten. Dieser Nachschußpflicht steht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift des § 27 G. m. b. H.-Ges., wenn die Nachschüsse in der Satzung ihrem Umfang nach nicht genau bestimmt sind, das Recht der betroffenen Gesellschafter gegenüber, sich dadurch zu befreien, daß sie den gesamten Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellen.

---

[9]) Ruth, Eigene Aktien, S. 27.
[10]) Feine S. 514.
[11]) Flechtheim S. 288, 289; Staub-Pinner § 292 Anm. 22; Lehmann-Ring § 292 Note 8.

Diese muß dann den Anteil öffentlich versteigern lassen und den Überschuß des Erlöses, der nach Deckung des eingeforderten Nachschusses und der Verkaufskosten verbleibt, an den Gesellschafter auszahlen. Dieses in § 27 G. m. b. H.-Gesetz festgesetzte Abandonrecht ist eine echte Lösungsmöglichkeit, bei der die Korporation bei Bestand bleibt; sie ist jedoch ausdrücklich nur auf den Fall beschränkt, daß eine Nachschußpflicht von unbestimmtem Umfang in der Satzung festgesetzt ist. Sie stellt also lediglich eine Schutzmaßnahme gegenüber an sich wesensfremden, über die Kapitaleinlage hinausgehenden Haftungserweiterungen dar. Daher kann sie nur als eine der Eigenart der Nachschußpflichtgesellschaft entsprechende und damit als eine wie diese aus dem Rahmen der echten Kapitalgesellschaft gänzlich herausfallende Rechtseinrichtung angesehen werden und muß aus diesem Grunde bei den weiteren Betrachtungen unbeachtet bleiben.

II. Abgesehen von (1) dem Austritt unter gleichzeitiger Veräußerung der Aktie oder des Anteils, von der Auflösungsklage des § 61 G. m. b. H.-Gesetz (2), bezw. der satzungsmäßig erleichterten Auflösungsklage (3) und abgesehen (4) von dem Fall, daß ein dem § 61 G. m. b. H.-Gesetz entsprechendes Kündigungsrecht in die Satzungen einer A. G. aufgenommen ist, besteht für das Mitglied einer A. G. und einer G. m. b. H. — sei es unter Aufrechterhaltung, sei es auch unter Zersprengung des gesellschaftlichen Bandes — keine Möglichkeit, aus eigener Kraft die Mitgliedschaft zu beendigen. Dabei muß beachtet werden, daß die unter (2) genannten Fälle selten, die unter (3) und (4) erwähnten in der Praxis so gut wie überhaupt nicht vorkommen, und daß auch ein Ausscheiden gemäß (1) in zahlreichen Fällen aus den oben angegebenen Gründen nicht zum Ziele führt.

III. Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, daß eine einfache Aufgabe des Aktienrechts bezw. des Anteils unter gleichzeitigem Verzicht auf die gezahlte Stammeinlage möglich sei[12]). Gegen die satzungsmäßige Zulassung eines solchen Ausscheidens bestehen keine Bedenken[13]), wie überhaupt durch Übereinkunft zwischen Gesellschafter und Körperschaft beliebige Austrittmöglichkeiten geschaffen werden können, sofern sie in der Satzung vorgesehen oder durch satzungsändernden Beschluß in Einklang mit derselben gebracht sind und den allgemeinen Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts nicht widersprechen. Zu beachten ist dabei, daß ein solcher Verzicht kein einseitiges Rechtsgeschäft ist, sondern daß für eine solche Art des Austritts die Zustimmung der Korporation als von vornherein durch die Satzung gegeben anzusehen und die Verzichtserklärung des Mitgliedes nur noch die von seiner Seite aus erforderliche Mitwirkung an dem körperschaftlichen Gesamtwillensakt ist. Zu weit würde es aber gehen, wenn man eine Aufgabe unter Verzicht auf die Kapitaleinlage ganz allgemein zulassen wollte. Eine solche Auffassung verkennt das Wesen der Mitgliedschaft, die nicht eine mit Pflichten belastete Berechtigung ist, sondern „ein eigenartiger Inbegriff von Rechten und Pflichten" wie es H. Lehmann formuliert hat[14]). Das Gleiche, was Lehmann über die Vereinsmitgliedschaft ausgeführt hat, gilt auch für Körperschaften kapitalistischen Charakters, also auch für die A. G. und

[12]) O. v. Gierke in: Jher. Jhr. 35, S. 209. Cosack S. 118. Sallach S. 50.
Dagegen: Ruth, Eintritt und Austritt S. 512, Flechtheim S. 96. Leist S. 150 ff.

[13]) Leist. 149.

[14]) H. Lehmann, § 59 IV 2 a.

G. m. b. H.[15]). Während der Verzicht auf ein mit Lasten beschwertes Recht denkbar ist, ist der einseitige Verzicht auf einen Inbegriff von Rechten und Pflichten rechtlich nicht möglich. Zudem wird hierbei übersehen, daß auch die Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft in erster Linie ein personenrechtliches Verhältnis und nicht lediglich ein Spekulationsobjekt darstellt. Der Gedanke eines Verzichts auf eine Mitgliedschaft ist überhaupt nur aus einer liberalistischen Wirtschaftsauffassung heraus verständlich, die das Wesen der Gemeinschaft — mag sie noch so stark kapitalistisch aufgebaut sein — als eines auf Treu und Glauben aufgebauten Zusammenwirkens von Personen verkennt und nur immer den in Geld errechenbaren Teil derselben in den Vordergrund stellt[16]).

IV. Auch eine rückwirkende Lösung, wie sie etwa durch Anfechtung oder Rücktritt erfolgen könnte, ist bei der A. G. und G. m. b. H. nicht möglich. Es ist einhellige Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung, daß ausnahmslos selbst dann, wenn die Bindung des Mitgliedes an seine Einlagepflicht eine große Härte darstellt, der Grundsatz der Unanfechtbarkeit, gleichviel mit welcher Begründung, allen allgemeinrechtlichen Erwägungen vorzugehen hat[17]).

V. Nicht in Rede steht hier der Ausschluß des Gesellschafters durch das Kaduzierungsverfahren oder durch satzungsmäßig bedungene Amortisation, da beide Arten des Ausschlusses von der Gesellschaft im eigenen Interesse vorgenommen werden, nicht aber dem einzelnen Gesellschafter etwa ein Anspruch auf Kaduzierung oder Amortisation zusteht.

### § 2. Die Grundlagen der Nebenleistungsgesellschaft.

Die vorstehende Darstellung ergibt sich mit eindeutiger Klarheit aus Wortlaut und Sinn des Gesetzes. Sie entspricht auch der in der Begründung zwar verschiedenen, im Ergebnis aber einhelligen Ansicht von Wissenschaft und Praxis. Wesentlich weniger Einmütigkeit herrscht in der gleichen Frage, wenn es sich nicht um die Grundform der A. G. und G. m. b. H., sondern um solche A. G. und G. m. b. H. handelt, bei denen alle oder einzelne Mitglieder außer zur Leistung der Einlage — und etwaiger Nachschüsse bei der Nachschuß-G.m.b.H. — noch zu Nebenleistungen satzungsmäßig verpflichtet sind. Es be-

---

[15]) vgl. statt anderer: J. v. Gierke, § 39 I 1,; Leist S. 1.

[16]) Ruth, Eintritt und Austritt S. 464; Enneccerus-Nipperdey I, 1 § 105 III, für das allgemeine Korporationsrecht

[17]) Begründet wird dies von der herrschenden Lehre — vgl. insbes. RG 54 S. 128 f.; 68 S. 309 f.; 82 S. 377 f. — mit der Unverletzlichkeit des Stammkapitals als Haftungsobjekt für die Gläubiger und dem Doppelwesen der Beitrittserklärung, die im Innenverhältnis die Beteiligung mit der Stammeinlage, im Außenverhältnis eine Haftungsübernahmeerklärung schlechthin zum Gegenstande haben soll. —
A.A. und im Sinne der hier vertretenen Auffassung Ruth, Eintritt und Austritt, S. 484 f., 520 f. Ebenso Feine S. 162, 174 ff., 178 ff. Danach ist der Grund der, daß eine Einzelwillenserklärung nach Zustandekommen des Gesamtaktes nicht mehr vorhanden ist, im übrigen auch die auf Gründung gerichtete Willenserklärung einen so wesentlich anderen Inhalt als die rechtsgeschäftliche Willenserklärung schlechthin hat, daß die nur für diese geltenden Vorschriften der §§ 116 ff. BGB auf sie nicht zur Anwendung kommen können.

stehen hier wegen der eingangs erwähnten wirtschaftlichen Schwierigkeiten die verschiedensten Ansichten darüber, ob nicht zu den angeführten, für alle A. G. und G. m. b. H. vorhandenen Lösungsmöglichkeiten noch weitere, etwa in Form einer Kündigung oder eines Preisgaberechtes hinzutreten können. Die einen meinen, eine Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses sei aus wichtigem Grunde zulässig, die anderen wollen nur eine Kündigung des sogenannten Nebenleistungsverhältnisses zulassen, aus der sich dann aber wieder gewisse Rückwirkungen, bezw. nach wieder anderer Ansicht keinerlei Einflüsse auf das bestehende Mitgliedschaftsverhältnis ergeben sollen. Noch andere lehnen auch hier wie bei der Grundform der A. G. und G. m. b. H. jegliche Befreiungsmöglichkeit außer den dort vorhandenen Wegen ab. Bedeutsam ist die verschiedenartige Auslegung der Vorschrift des § 8 der Kartellverordnung. Von hier aus werden wieder mannigfache Rückschlüsse auf die übrigen Nebenleistungs-A. G. und -G. m. b. H., die nicht Kartellverpflichtungen zum Gegenstande haben, gezogen. Kurzum es gibt wohl kaum eine Möglichkeit, die unerörtert geblieben und nicht vertreten worden wäre.

Wie schon erwähnt, kann den Ausgangspunkt der Untersuchung der Nebenleistungsgesellschaft auf die Lösungsmöglichkeiten ihrer Mitglieder nur die Betrachtung ihres rechtlichen Aufbaues bilden. Ihre rechtliche Grundlage findet die Nebenleistungsgesellschaft in den Vorschriften des § 212 HGB und des § 3 Abs. 2 G. m. b. H.-Ges. Die Ausgestaltung der Nebenleistungspflicht in diesen beiden Vorschriften ist, abgesehen von dem Kreis der als Nebenleistungen auferlegbaren Verpflichtungen, der bei der A. G. erheblich enger gezogen ist, die gleiche. In beiden Fällen ist es möglich, durch die Satzung den Mitgliedern außer ihrer kapitalistischen Beteiligung zusätzliche Pflichten aufzuerlegen. Zur Schaffung der genannten Bestimmungen ist es gekommen, weil die Wirtschaft, und zwar besonders die Zuckerrübenindustrie, die in der Mitte des vorigen Jahrhunderts aufzublühen begann, dringend nach einer solchen Vereinigungsform verlangte. Ein kurzer Rückblick in die Zeit des vorigen Jahrhunderts bis zur Einführung des G. m. b. H.-Gesetzes und des Handelsgesetzbuches zeigt, wie in der Praxis verzweifelte Bemühungen gemacht wurden, den Artikel 219 AD HGB, der die Pflichten des Gesellschafters streng auf die Zahlung der Einlage begrenzte, durch Auferlegung einer mit der Aktie verbundenen Verpflichtung zu Rübenlieferungen zu umgehen. Wie weit die Ansichten über den Charakter dieser Rübenlieferungspflicht auseinandergingen, zeigt eine anläßlich eines 1867 bis 1870 vor dem Landgericht in Bernburg und vor dem Oberlandesgericht in Dessau schwebenden Prozesses vorgenommene Fakultätenrundfrage. Als herrschende Ansicht des Reichsgerichts hatte sich schließlich die Sondervertragstheorie durchgesetzt, nach der die Rübenlieferungen als auf besonderen Einzelverträgen zwischen Gesellschaft und Aktionären als Dritten beruhend aufgefaßt wurden[18]).

Diesem Zustande wurde durch die Gesetzgebung der 90 er Jahre des vorigen Jahrhunderts ein Ende bereitet. Durch die oben angeführten Gesetzesbestimmungen wurde es ermöglicht, den Gesellschaftern Nebenleistungspflichten in gewissem Umfange durch die Satzung aufzuerlegen. Praktische Bedeutung haben die Nebenleistungsgesellschaften insbesondere für die Zuckerrübenindustrie und das Kartellwesen gewonnen. Aber auch sonst sind sie im Wirtschaftsleben in allen möglichen Ausgestaltungen vorzufinden.

---

[18]) vgl. hierzu die recht eingehende Darstellung von Schütt S. 4 ff.

Mit der gesetzlichen Sanktionierung ist aber der Streit der Meinungen noch keineswegs zu Ende. Und es gibt noch heute im Bereich der Nebenleistungsgesellschaft eine Reihe rechtlich ungeklärter Gebiete von denen nur die Fragen nach dem möglichen Inhalt der Nebenleistungsverpflichtung, nach Zulässigkeit und Umfang der Vertragsstrafen und danach, ob die Nebenleistungspflicht bereits die Verpflichtung zur Lieferung oder erst die Verpflichtung zum Abschluß von Lieferungsverträgen enthält, erwähnt sein sollen.

In dem hier in Rede stehenden Zusammenhang interessieren von alledem nur die Begründung der Nebenleistungsgesellschaft, die inneren Beziehungen der Nebenleistungen zu der Mitgliedschaft im übrigen und der Rechtscharakter der Nebenleistungsgesellschaft, um von hier aus die Frage der Lösungsmöglichkeit beantworten zu können. Je nach der Stellungnahme zu diesen Grundlagen leiten sich auch teils ausdrücklich, teils unter stillschweigender Voraussetzung die verschiedenen in Rechtslehre und Rechtsprechung vertretenen Ansichten her.

## II. KAPITEL:
## DIE LEHRMEINUNGEN.

### § 3. Die Lehrmeinungen zu der Frage der Befreiung von der Nebenleistungspflicht im allgemeinen.

In der Frage nach der Begründung der Nebenleistungspflicht bestehen grundsätzlich zwei Auffassungen darüber, ob die Nebenleistungspflicht einheitlich mit der Schaffung der Mitgliedschaft begründet wird, oder ob zwei Schöpfungsakte vorliegen. Dabei kann in der Darstellung der Lehrmeinungen von einem Eingehen darauf abgesehen werden, ob der betreffende Vertreter der Ansicht ist, daß die Gesellschaftsgründung ein Vertrag sei, oder ob er sie für einen irgendwie gearteten Gesamtakt hält. Diese Frage betrifft das allgemeine Korporationsrecht, und aus ihrer unterschiedlichen Beantwortung werden zu dem hier in Rede stehenden Streitpunkt verschiedenartige Schlüsse — ob zu Recht oder zu Unrecht, mag einstweilen dahingestellt bleiben — nicht hergeleitet.

#### a) Die Sondervertragstheorie.

Geht man davon aus, daß die Nebenverpflichtungen selbständig neben der Gesellschaft begründet werden, so bestehen wiederum zwei Möglichkeiten: (1) jeder Gesellschafter schließt als Dritter mit der Gesellschaft einen Vertrag ab. Es besteht dann also a) die Gesellschaft zwischen den Mitgliedern und b) eine Reihe von Einzelverträgen zwischen der Gesellschaft und den Aktionären. Diesen Standpunkt vertrat vor 1900 das Reichsgericht[19]). Nach Einführung des Handelsgesetzbuches und des G. m. b. H.-Gesetzes ist er aus der Rechtsprechung verschwunden. (2) Die Gesellschafter der A. G. oder der G. m. b. H. schließen neben dem eigentlichen Gesellschaftsvertrag oder Gesamtakt einen zeitlich im Regelfall mit jenem zusammenfallenden weiteren Vertrag über die Nebenleistungen untereinander ab, so daß neben der ursprünglichen Körperschaft eine zweite Gesellschaft besteht. Die letztere Ansicht wird von Roth[20]) vertreten. Roth führt

[19]) vgl. insbes. RGZ 17 S. 15; 21 S. 148; 26 S. 85; 37 S. 140.
[20]) S. 266 ff.

sie dann folgerichtig dahin fort, daß er diese zweite Gesellschaft einer völlig selbständigen Behandlung unterworfen wissen will, die mit der übrigen Korporation wohl in einem engen wirtschaftlichen, keineswegs aber in einem rechtlichen Zusammenhange steht. Er faßt diese zweite Gesellschaft als rein bürgerlich-rechtliche Gesellschaft auf, deren rechtliche Behandlung sich nach den Vorschriften des BGB richtet. Demgemäß gibt er hinsichtlich ihrer jedem Gesellschafter die Kündigungsrechte aus § 723 BGB. Danach kann diese Gesellschaft bei unbestimmter Dauer jederzeit, bei Eingehung auf bestimmte Zeit aus wichtigem Grunde vorzeitig gekündigt werden. Die Folge ist dann nach §§ 723, 737 BGB die Auflösung der Lieferungsgesellschaft, sofern nicht der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet war, den Bestand der Gesellschaft von der Zahl der Mitglieder unabhängig zu gestalten, und demzufolge die Regelung des § 737 BGB Platz greift, wonach die Gesellschaft bestehen bleibt. Auf jeden Fall wird der Bestand der kapitalistischen A. G. oder G. m. b. H. von den Schicksalen der selbständig neben ihr stehenden Gesellschaft nicht berührt.

Vom Boden dieser Theorie aus ist auch eine selbständige Anfechtung der Übernahme der Nebenleistungspflicht sowie ein Rücktritt von dem gesonderten Nebenleistungsverhältnis möglich, ohne daß dadurch die übrige Gesellschaft berührt würde.

### b) Die Theorie der einheitlichen Begründung der Gesamtmitgliedschaft einschließlich der Nebenleistungspflicht.

Im Gegensatz zu der in sich folgerichtig durchgeführten Theorie Roths geht die gesamte Rechtslehre im übrigen und auch die Rechtsprechung davon aus, daß der Begründungsakt der Mitgliedschaft und der Nebenleistungspflicht einheitlich ist. Die aus der einheitlichen Grundauffassung hergeleiteten Schlüsse sind jedoch sehr verschieden. Im wesentlichen werden folgende Gruppen von Ansichten vertreten, innerhalb derer auch noch wieder die verschiedensten Schattierungen bestehen:

#### aa) Die strenge Durchführung dieser Lehrmeinung.

I. Eine Reihe von Vertretern folgert von dieser Grundlage ausgehend folgendermaßen: Die aus einheitlichem Gründungsakt hervorgegangene Nebenleistungsgesellschaft stellt ein einheitliches Rechtsgebilde dar. Daher ist eine Sonderbehandlung der Nebenleistungspflicht ausgeschlossen. Die gleichen Vorschriften, die für die Grundform der Kapitalgesellschaft gelten, finden auch ausnahmslos auf die Nebenleistungsgesellschaft Anwendung. Eine andere Lösungsmöglichkeit als die dort vorhandenen[21]) gibt es nicht. Demzufolge ist in Bezug auf die Nebenleistungen allein weder Kündigung noch Anfechtung noch Rücktritt möglich. Dieser Auffassung sind Liebmann[22]), Staub-

[21]) s. o. § 1.
[22]) § 3 Anm. 8 f, ebenso Goldschmit § 212 Anm. 16.

Pinner[23]), Koenige[24]), Düringer-Hachenburg[25]) Bauer[26]), einige ältere Entscheidungen des Reichsgerichts[27]), hinsichtlich der Nebenleistungs-A. G. auch Brodmann[28]).

II. Schütt[29]) und Kuhlenkampff[30]), die ebenfalls folgerichtig die Einheitlichkeit der Nebenleistungsgesellschaft vertreten, lassen die Loslösung des Mitgliedes dann zu, wenn die Gesellschaft dauernd vertrags- bezw. satzungswidrig handelt. Sie begründen ihre Ansicht mit allgemeinen Erwägungen darüber, daß das in eine Dauerbindung verstrickte Mitglied nicht schutzlos der Willkür der Körperschaft ausgesetzt sein könne. Nach ihrer Meinung soll die Gesamtmitgliedschaft des betreffenden Mitgliedes durch eine Art Abandon-Recht zum Erlöschen gebracht werden können. Kuhlenkampff sieht in dieser Lösung eine Umkehr zu der Vorschrift des § 227 HGB. Er vertritt nämlich in Anlehnung an Fischer S. 383 den Standpunkt, daß die Gesellschaft im Falle dauernden vertragswidrigen Verhaltens des Mitgliedes das Recht habe, dessen Aktie einzuziehen. Eine Teilanfechtung wird von ihm, da er ja nur ein Abandon der Gesamtmitgliedschaft anerkennt, folgerichtig abgelehnt, ebenso eine Gesamtanfechtung aus allgemeinen Gesichtspunkten. (Schütt nimmt zu dieser Frage nicht Stellung).

bb) Die Annahme einer Sonderstellung von Anfechtung und Rücktritt trotz Einheitlichkeit der Mitgliedschaft.

Hachenburg[31]) und ihm folgend Buchholz[32]) stehen grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt. Eine Ausnahme machten sie vor Erlaß der Kartellverordnung hinsichtlich solcher G. m. b. H., in deren Rechtsform Kartelle gekleidet waren, indem sie hier ein Abgehen von der Vorschrift des § 61 G. m. b. H.-Gesetz, der die Auflösungsklage von der Innehabung mindestens eines Zehntels des Stammkapitals abhängig macht, als von den Parteien stillschweigend bedungen ansahen, da dies allein dem Wesen des Kartells entspreche[33]). Eine Anwendung des gleichen Gedankens auf die übrigen Nebenleistungsgesellschaften m. b. H. haben sie stets abgelehnt. Die Ansicht Hachenburgs bezüglich der Kündigung von Kartellen ist inzwischen durch die Einführung einer Kündigungsmöglichkeit in § 8 K. V. überholt. Inwieweit die vorstehend erörterte Auffassung Hachenburgs auf die rechtliche Auslegung dieses Kündigungsrechtes von Einfluß gewesen ist, wird unten noch darzustellen sein.

Entgegen der Auffassung von der Einheitlichkeit der Gesellschaft kommt er[34]) und mit ihm wiederum Buchholz[35]) in der Frage nach

---

[23]) § 212 Anm. 3, ohne eigene Stellungnahme. Diese ist jedoch aus Anm. 20 bezgl. der Frage der Anfechtbarkeit ersichtlich.
[24]) § 212 Anm. 1, 2, 4.
[25]) II. 1 Anm. 387, für die Frage des Rücktritts. a. A. hinsichtlich § 8 KV, vgl. Anm. 405.
[26]) 18. Jahrg. S. 114; 31. Jhrg. S. 77; a. A. hinsichtlich § 8 KV, vgl. 34. Jhrg. S. 11 u. 42; 37. Jahrg. S. 26.
[27]) RGZ 73 S. 429 f.; 74 S. 33 f.; 88 S. 187; 108 S. 23 f.
[28]) § 212 Anm. 2 e; a. A. G.m.b.H.-G.s.-Kommentar § 3 Anm. 8 d.
[29]) S. 52.
[30]) S. 35.
[31]) § 3 Anm. 36.
[32]) S. 275.
[33]) Exk. zu § 3 Anm. 11.
[34]) Anm. 25.
[35]) S. 277/78, S. 319.

der Zulässigkeit von Anfechtung und Rücktritt zu dem Ergebnis, daß eine selbständige Anfechtung und ein selbständiger Rücktritt hinsichtlich der Übernahme der Nebenleistungspflicht zulässig ist. Diese Rechte sollen nur dann ausgeschlossen sein, wenn eine begriffliche Unlösbarkeit zwischen der Mitgliedschaft und der Nebenleistungspflicht besteht, d. h. die eine vernünftigerweise nicht ohne die andere gedacht werden kann. Als Beispiel für diesen Ausnahmefall geben sie das Kartell an. Im übrigen kann nach ihrer Ansicht eine Unlösbarkeit auch durch Parteiwillen gegeben sein. Die Frage, wann Anfechtung oder Rücktritt zulässig ist, beantwortet sich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.Zulässig sollen beide sein, weil hinsichtlich der Nebenleistungen die Gründe, die die Anfechtung und den Rücktritt bei der Übernahme der Einlagepflicht ausschließen, nämlich Erhaltung des Stammkapitals im Gläubigerinteresse, wegfallen.

Die vorstehend dargestellte Ansicht Hachenburgs bezieht sich ausdrücklich nur auf die G. m. b. H. Die gleichen Sätze müssen jedoch auch auf die Nebenleistungs-A. G. Anwendung finden, allerdings mit dem Unterschiede, daß eine Auslegung der Satzung, derzufolge die Aufkündigung der Kartellgesellschaft ohne Rücksicht auf die Höhe der Beteiligung am Aktienkapital möglich sein soll, zweifelhaft erscheint, da das Aktienrecht eine dem § 61 G. m. b. H.-Gesetz entsprechende Vorschrift nicht aufzuweisen hat. Man müßte denn schon ein ohne Rücksicht auf die Höhe der Kapitalbeteiligung vorhandenes Kündigungsrecht schlechthin als stillschweigend ausbedungen annehmen.

cc) Erweiternde Auslegung des § 61 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Eine andere Ansicht, die auch von der Einheitlichkeit der Nebenleistungsgesellschaft ausging, wurde früher von Flechtheim vertreten[36]). Er nahm an, in jeder Satzung einer Nebenleistungs-G.m.b.H., sofern die Nebenleistungen Kartellpflichten zum Gegenstande hatten, sei stillschweigend vereinbart, daß das Kartell aus wichtigem Grunde gekündigt werden könne. Er ging dabei davon aus, daß die in § 61 G. m. b. H.-Gesetz bezeichneten Kündigungsgründe nicht abschließend aufgeführt seien, so daß die von ihm genannte Kündigung noch zu den dort aufgezählten hinzutrete[37]). Über die Wirkung einer solchen Kündigung äußert er sich nicht. Aus der Anknüpfung an § 61 G.m.b. H.-Gesetz und aus der von ihm im übrigen vertretenen Auffassung von der Einheitlichkeit der Nebenleistungsgesellschaft dürfte aber zu folgern sein, daß er an die Kündigung die gleiche Wirkung geknüpft wissen wollte, wie an eine Kündigung nach § 61 G. m. b. H.-Gesetz, d. h. also Auflösung der Gesellschaft. Er begründet diese Ansicht im wesentlichen mit wirtschaftlichen Überlegungen. Er führt aus, die Kündbarkeit sei jedem sonstigen Kartell immanent, und es dürfe daher nicht angenommen werden, daß die Mitglieder eines in Form einer G. m. b. H. gegründeten Kartells auf dieses Sicherheitsventil hätten verzichten wollen. Diese Art der Auslegung erscheint Flechtheim selbst „kühn". Er setzt sich aber über alle Bedenken mit einem Hinweis darauf hinweg, daß die Satzung auch sonst der Auslegung aus dem inneren Zusammenhang der einzelnen Bestimmung fähig und bedürftig sei, und daß die von ihm gewählte Auslegung augenfälligen wirtschaftlichen Bedürfnissen entspreche.

Eine Verwendung dieser Rechtsgedanken für eine G. m. b. H., die ihren Mitgliedern andere Leistungen als Kartellverpflichtungen

[36]) Organisation der Kartelle, S. 77 ff.
[37]) Rechtliche Organisation der Kartelle, S. 98 ff.

nach § 3, II G. m. b. H.-Gesetz auferlegt hat, erscheint nicht zulässig, da Flechtheim sie ausschließlich für die Kartell-G. m. b. H. im Gegensatz zur Nebenleistungs-G. m. b. H. schlechthin herausgearbeitet hat. Flechtheim läßt jedoch offenbar die gleiche Möglichkeit für die Kartell-A. G. zu, da auch bei dieser die satzungsmäßige Festsetzung eines Kündigungsrechts zulässig, also auch eine stillschweigende derartige Vereinbarung in der Satzung denkbar ist[38]), also die von Flechtheim für die G. m. b. H. entwickelten Gründe in gleichem Maße für die A. G. gelten.

dd) Die Konstruktion eines rechtlich selbständigen Nebenleistungsverhältnisses.

Später hat Flechtheim seine frühere Ansicht aufgegeben[39]) und sich im wesentlichen der Ansicht Kaufmanns[40]) angeschlossen. Damit hat er sich in die Gruppe derer eingereiht, die den Standpunkt vertreten, daß unbeschadet des auch von ihnen anerkannten einheitlichen Gründungsaktes die Nebenleistungsverpflichtung trotz ihrer Einfügung in den Rahmen der Satzung ein selbständiges Rechtsverhältnis darstelle[41]). Dieses Rechtsverhältnis trägt hiernach gesellschaftsähnlichen Charakter und unterfällt den Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Vertreter dieser Ansicht gehen hierbei zwar nicht soweit wie Roth, daß sie neben der kapitalistischen A. G. und G. m. b. H. eine zweite Gesellschaft bürgerlichen Rechts annehmen, sondern sie erachten nur e i n e n Gesellschaftsvertrag für vorliegend. Sie zerlegen aber die Gesamtheit der unter dem Begriff der Mitgliedschaft zusammengefaßten Rechte und Pflichten in zwei Bestandteile. Den einen Teil hiervon bilden die spezifisch mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, den zweiten die Rechte und Pflichten, die sich aus der Übernahme zusätzlicher Nebenleistungen ergeben. Den Charakter der letzteren sehen sie auch für gesellschaftsrechtlich, aber nicht den besonderen Beschränkungen des Körperschaftsrechts unterworfen an. Sonach kommen sie zu dem Ergebnis, daß aus dem einheitlichen Gründungsakt jedes Mitglied in zweifacher Hinsicht gebunden wird, so daß neben dem eigentlichen Mitgliedschaftsverhältnis für jedes Mitglied noch ein zweites Rechtsverhältnis schuldrechtlicher Art besteht. Dieses besondere Rechtsverhältnis ist aber auch nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu behandeln. Es stellt nach Feine[42]) „ein Stück Individualrechtssphäre innerhalb

---

[38]) Rechtliche Organisation d. Kartelle, S. 288 ff.

[39]) S. 290 a.a.O.

[40]) S. 409 ff.; ebenso: Feine S. 240 ff; Friedländer § 212 Anm. 2; J. v. Gierke § 47 VII 3 b; Köppel, 67; Offenbar auch Müller-Erzbach S. 322, S. 348 und merkwürdigerweise zustimmend Wieland mit der Begründung, das „ethische Postulat, daß zu einer übermäßigen Beschränkung der Freiheit führende Pflichten nur löslich begründet werden dürfen, wiege schwerer als die wirtschaftlich noch so sehr begründeten Bedürfnisse einzelner Industriezweige" (II, S. 51). Durch die Art, auf die er dieses Ziel erreichen will, setzt er sich mit sich selbst in Widerspruch, nachdem er zuvor festgestellt hat, daß die Nebenleistungspflichten durch die Aufnahme des § 212 HGB zu einem „integrierenden und unlöslichen Bestandteil der Mitgliedschaft erhoben werden sollten" (II. S. 49).

[41]) Rechtliche Organisation d. Kartelle S. 77 ff.

[42]) S. 341.

des Sozialrechts" dar. Die Rechtsvorschriften über die BGB-Gesellschaft kommen entsprechend zur Anwendung, jedoch macht sich hier wieder der Einfluß des körperschaftsrechtlichen Gesamtcharakters insoweit geltend, als die Kündigung dieser Bindung zwar in entsprechender Anwendung des § 723 BGB zulässig ist, aber nicht die Auflösung der Nebenleistungspflichten aller Gesellschafter, was nach § 737 BGB folgerichtig der Fall sein müßte, herbeiführt.

Über die Voraussetzungen der Kündigung und damit über die Grenzen der Analogie zu § 723 BGB gehen die Ansichten der Vertreter der hier behandelten Gruppe auseinander. Während Kaufmann[43]) annimmt, daß bei unbestimmter Dauer der Bindung jederzeit, sonst nur aus wichtigem Grund gekündigt werden könne, lassen Flechtheim[44]), Feine[45]) und andere[46]) nur die Kündigung aus wichtigem Grunde zu, da das Wesen der Nebenleistungsgesellschaft die jederzeitige Kündigung ausschließe.

Man sieht, daß die dargestellte Meinung im Ergebnis von der Ansicht Roths trotz ausdrücklicher Verwahrung ihrer Vertreter nicht allzusehr abweicht. Besonders deutlich wird dies bei der Frage nach dem Einfluß einer Kündigung der Nebenleistungspflicht auf die übrige Gesellschaft. Allerdings werden von einigen dieser Vertreter Rückwirkungen auf den Bestand der Kapitalgesellschaft angenommen. Man versucht dies damit zu begründen, daß man die stillschweigende satzungsmäßige Vereinbarung eines Amortisationsrechtes in den Fällen unterstellt, in denen eine kapitalistische Restbeteiligung sinnlos erscheint[47]).

Entsprechend der Zubilligung eines Kündigungsrechts bezüglich der Nebenleistungen wird auch eine Anfechtung und ein Rücktritt insoweit für zulässig gehalten. Hierbei begeht Kaufmann den methodischen Fehler, mit der Zulässigkeit der Anfechtung die Möglichkeit einer Kündigung zu begründen[48]), während beide Beendigungsgründe lediglich auf jene eine Grundfrage zurückzuführen sind, ob das Nebenleistungsverhältnis ein selbständiges Rechtsverhältnis oder zum mindesten ein einer rechtlichen Sonderbehandlung fähiger Teil des Mitgliedschaftsverhältnisses ist oder nicht. Zur Begründung der Anfechtbarkeit wird auch von den Vertretern der hier besprochenen Richtung angeführt, daß die Nebenleistungen außerhalb des durch die Stammeinlage im Gläubigerinteresse geschaffenen Garantiefonds ständen[49]).

Lediglich Köppel[50]) begründet die Zulässigkeit von Anfechtung und Rücktritt folgerichtig aus der Möglichkeit der rechtlichen Sonderbehandlung des sogenannten Nebenleistungsverhältnisses.

II. Auch das Reichsgericht hat in einer jüngeren Entscheidung[51]) die selbständige Behandlung der Nebenleistungspflicht gebilligt. Es begründet seine Ansicht auf folgende Weise: 1. Durch die Kündigungsmöglichkeit nach § 8 K. V. sei grundsätzlich anerkannt,

---

[43]) S. 413, 419.
[44]) Rechtliche Organisation d. Kartelle, S. 293.
[45]) S. 355.
[46]) vgl. Müller-Erzbach S. 322, 348.
[47]) Pinzger S. 76; Feine S. 349; Müller-Erzbach S. 322, S. 348.
[48]) S. 413.
[49]) Kaufmann, S. 419, Feine S. 348.
[50]) S. 67 ff.
[51]) RGZ. 128, 1 ff.

daß gewisse gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen aus Gesellschaftsverträgen, die eine A. G. oder G. m. b. H. beträfen, unter bestimmten Voraussetzungen gelöst werden könnten. Ein zweiter Fall neben § 8 K. V. sei der, daß in Form von Nebenleistungspflichten Dienstleistungen auferlegt seien. Auch in diesem Falle könnten dieselben selbständig gemäß § 623 BGB. gekündigt werden[52]).

2. Der Gedanke, daß bei allen Dauerleistungsverhältnissen — und solche sind die Nebenleistungsverhältnisse in der Regel — aus wichtigem Grunde eine Lösung auf irgendeine Art möglich sein müsse, durchziehe das gesamte Privatrecht[53]) sei es in Gestalt eines Kündigungs- oder eines Rücktritts- oder eines Preisgabe-(Abandon)- rechts.

3. Besonders ähnlich sei der hier erörterte Fall dem des Preisgaberechtes bei der Nachschuß-G. m. b. H. Aus den vorgenannten Punkten folgert das RG, daß in Hinblick auf §§ 27, 61 G. m. b. H.-Ges. die Zubilligung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes hinsichtlich der Nebenleistungspflichten durchaus im Gedankengang des Gesetzes liege. Dies Kündigungsrecht soll nach Ansicht des R. G. jedoch nur dann gegeben sein, wenn eine andere Art der Lösung des gesellschaftlichen Bandes nicht möglich ist und wenn das Fortbestehen der zeitlich unbeschränkt und regelmäßig wiederkehrenden Nebenleistungen das wirtschaftliche Fortkommen des Mitgliedes ernstlich gefährden würde. Andererseits müsse aber auch den Belangen der Gesellschaft Rechnung getragen werden.

Von besonderer Bedeutung ist die Feststellung, die das Reichsgericht am Ende der angeführten Entscheidung dahingehend trifft, daß der Bestand der Körperschaft im übrigen von dem rechtlichen Schicksal der Nebenleistungspflichten nicht berührt wird[54]). Hieraus wird man folgern dürfen, ohne daß das Reichsgericht auf diese Frage ausdrücklich eingegangen wäre, daß es auch in der Frage der Anfechtung und des Rücktritts die Nebenleistungspflichten als selbständiges Rechtsverhältnis betrachtet, so daß auch hierin ein mit der Ansicht Kaufmanns und seiner Anhänger übereinstimmendes Ergebnis zutagetreten dürfte.

III. Anknüpfend an die Ansicht des Reichsgerichts in RGZ 128, 1 ff. untersucht Herzog[55]) die Frage, ob der kündigende Gesellschafter für die Befreiung von der Nebenleistung ein Aufgeld zahlen müsse. Er kommt zu dem Ergebnis, daß dieser Gedanke der bezahlten Lösung unserem Rechte fremd sei, und lehnt daher seine Anwendung ab. Wohl aber hält er es für zulässig, daß der Gesellschafter seinen gesamten Anteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt, womit er dann allerdings nach Herzogs Ansicht mehr tut, als wozu er verpflichtet ist. Grundsätzlich braucht er nach Herzog nur seine Nebenleistungspflicht und die ihr speziell gegenüberstehenden Rechte aufzugeben. Diese Ansicht bewegt sich also ganz in den Gedankengängen des Reichsgerichts. Herzog knüpft dabei anscheinend gleichzeitig an die in der Auslegung des § 8 K. V. geübte Praxis des Reichsgerichts an und kommt zu dem Schluß[56]), daß beim Vorliegen triftiger Gründe dem Gesellschafter

---

[52]) ebenso Pinzger S. 75 ff.
[53]) Grundsätzl. Abkehr von RG. in JW. 03, S. 342.
[54]) Pinzger, der im übrigen ganz der Ansicht des RG folgt, gesteht (S. 77) der Gesellschaft durch stillschweigende Satzungsbestimmung ein Einzugsrecht zu.
[55]) S. 422 ff.
[56]) S. 425.

bei Preisgabe der Nebenleistungspflichten auch unentgeltliche Preisgabe der kapitalistischen Beteiligung zugemutet werden könne. Dieser Preisgabeanspruch der Gesellschaft würde dem nach herrschender Ansicht bei Kündigung aus § 8 K. V. der Gesellschaft zustehenden Einziehungsrecht gleichzusetzen sein.

### c) Die Auffassung der Körperschaft als einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft.

Eine besondere Stellung im Streite der Meinungen nehmen die unter sich allerdings ganz verschiedenen Ansichten Brodmanns und Fischers ein. Beide gehen ebenso wie alle Vorgenannten außer Roth von der Einheitlichkeit des Begründungsaktes aus, und beide lehnen es ab, die Nebenleistungsverpflichtung als einen selbständigen Teil der Mitgliedschaft aufzufassen. Ausgehend von einer besonderen Auffassung über das Wesen der handelsrechtlichen Körperschaft gelangen sie jedoch zu anderen, auch unter sich verschiedenen Ergebnissen.

Brodmann[57]) stellt die Lückenhaftigkeit des Gesetzes in der Frage der Lösungsmöglichkeit fest und kommt von hier aus zu der sehr allgemeinen Forderung, die Form müsse hinter der Sache zurückstehen, d. h. im Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten und hinsichtlich der Form gelten die Bestimmungen des Sondergesetzes (HGB. G. m. b. H.-Ges.), hinsichtlich materieller Streitpunkte innerhalb der Gesellschaft habe das Recht der BGB. Gesellschaft und allgemeine Rechtssätze, also insbesondere die §§ 732, 138, 242 BGB Anwendung zu finden. Das bedeutet also anders ausgedrückt: Die A. G. und G. m. b. H. sind und bleiben ihrem Wesen nach BGB-Gesellschaften, die nur die Eigenart aufweisen, ein Stammkapital zu besitzen, im Interesse von dessen Erhaltung sie in ein ihnen an sich wesensfremdes Gewand gekleidet sind. Wie Brodmann sich im einzelnen die Auswirkung seiner Forderung denkt, ist leider nicht gesagt. Man wird aber nicht fehl gehen, wenn man folgendermaßen formuliert: Eine Kündigung der Kapitalgesellschaft ist, soweit ihre bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, voll gültig. Sie ist jedoch in ihrer Wirksamkeit durch die im Interesse der Erhaltung des Stammkapitals gezogenen Grenzen des Aktien- und G. m. b. H.-Rechts beschränkt, so daß sie also praktisch eine Wirkung nur hinsichtlich der Nebenleistungen erlangen kann, da im übrigen die Sondergesetze entgegenstehen. Das gleiche müßte folgerichtig auch für die Anfechtung und den Rücktritt gelten. Hier aber begnügt sich Brodmann mit der gleichen Begründung wie Hachenburg und Flechtheim und kommt so auch zur Anerkennung dieser Rechte.[58]).

Die Stellungsnahme Brodmanns beschränkt sich auf das Recht der G. m. b. H. dürfte aber in ihrer Allgemeinheit in gleicher Weise für die A. G. gelten[59]).

### d) Die Theorie der Nutzungsgemeinschaft.

Von ganz anderer Grundlage geht die Fischer'sche Theorie der Nutzungsgemeinschaft aus. Fischer teilt alle Handelsgesellschaften in Erwerbsgesellschaften und Nutzungsgemeinschaften mit Zwangscha-

---

[57]) G. m. b. H. § 3, Anm. 8 b.
[58]) G. m. b. H., § 3, Anm. 8 a.
[59]) Im Aktienrechts-Kommentar von 1928 lehnt Brodmann allerdings noch jede Kündigungs- und Anfechtungsmöglichkeit ab, s. o. S. 36 und a. a. O. Anm. 2 e.

rakter ein[60]). Während jene Vereinigungen mit selbständigem Erwerbszweck darstellen — so die gewöhnliche A. G. — sollen diese unmittelbar dem Nutzen ihrer Mitglieder ohne eigenes Gewinnstreben dienen. Zu letzteren, als deren Hauptbeispiel er den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit anführt, gehört auch die Nebenleistungsgesellschaft. Als Hauptpflicht der Mitglieder solcher Nutzungsgemeinschaften stellt sich demnach die Verpflichtung zur Benutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen dar, während die kapitalistische Beteiligung nur nebensächlicher Art ist. Demzufolge gehört die Nebenleistungsgesellschaft einer besonderen Gesellschaftsgattung an. Die Nebenleistungen sind daher kein Anhängsel der Kapitalbeteiligung, sondern machen das Wesen dieser Beteiligungsform überhaupt aus. Fischer geht sogar soweit, daß er Abschlüsse von Dauerlieferungsverträgen zwischen einer A. G. oder G. m. b. H. und dem Mitglied als Dritten als mit dem Wesen der Erwerbsgesellschaft unvereinbar ansieht. Von einem selbständigen, neben der Mitgliedschaft bestehenden Nebenleistungsverhältnis kann daher keine Rede sein. Die Mitgliedschaft in einer Nutzungsgemeinschaft stellt eine in sich geschlossene Gesamtheit von Rechten und Pflichten dar, eine Teilkündigung ist daher gänzlich unmöglich. Die Frage, ob überhaupt eine Kündigung möglich ist, wird von Fischer bejaht. Wie er bei der gesamten Konstruktion wesentlich auf den Zweck abstellt, so auch hier. Jemand wird nur Mitglied einer Nutzungsgemeinschaft, um aus dieser Mitgliedschaft für sich einen Nutzen zu ziehen. Sobald der mit der Nutzungsgemeinschaft erstrebte Zweck für ein Mitglied fortfällt hat es das Recht, auszuscheiden. Andererseits dürfen durch die Ausübung dieses Rechts die übrigen Mitglieder nicht in ihren Interessen irgendwie betroffen werden. Die einzige Lösungsmöglichkeit ist daher eine Art Abandonrecht, d. h. das Mitglied muß, um ausscheiden zu können, seine Mitgliedschaft der Nutzungsgemeinschaft zur Verfügung stellen, die dann darüber weiter verfügen kann[61]). Eine Entschädigung kann das Mitglied nicht beanspruchen. Folgerichtig ist nach Fischer in einer solchen Nutzungsgemeinschaft für eine Teilkündigung, eine Teilanfechtung und einen Teilrücktritt keinerlei Raum. Diese Rechtshandlungen sind nur mit Rücksicht auf den Erwerb der Gesamtmitgliedschaft eines Mitgliedes und auch dann wieder nur unter den genannten am Zweck zu messenden Voraussetzungen möglich[62]).

### § 4. Die Auslegung des § 8 der Kartellverordnung.

I. Es wurde schon eingangs darauf hingewiesen, daß die durch die Kartellverordnung eingeführte Kündigungsmöglichkeit einen besonderen Charakter habe. Die Kartellverordnung, die zum Zwecke der Verhinderung der Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellungen im Jahre 1923 geschaffen ist, bestimmt im § 8, daß das Kartell von jedem Beteiligten fristlos gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Sinn und Tragweite einer auf Grund dieser Vorschrift ergangenen Kündigung werden sehr verschieden gewertet. Die Ansichten über das Wesen einer solchen Kündigung lassen sich in zwei Gruppen einteilen; die Anhänger der einen versuchen, die Kündigung nach § 8 KV. aus dem Sinn des bestehenden Rechtssystems verständlich zu machen, während die Anhänger der anderen Meinung in ihr etwas Unorganisches und dem bisherigen Recht Fremdes sehen.

---

[60]) S. 374 ff.
[61]) S. 385.
[62]) Im Ergebnis zustimmend: Wieland II, S. 51, Anm. 14.

II. Als Vertreter der letztgegannten Gruppe sei zunächst Lucas[63]) erwähnt, Er meint, durch die Kartellverordnung werde die bisherige Gesellschaft, gleichgültig welche Rechtsform sie gehabt habe, gesprengt. Bei der G. m. b. H. vollzieht sich nach ihm diese Sprengung so, daß nunmehr a) die G. m. b. H. und b) der einer neu geschaffenen Vertragsgattung angehörende Kartellvertrag selbständig nebeneinander beständen. Die Folge sei, daß der selbständige Kartellvertrag nach § 8 selbständig kündbar sei, ohne daß hiervon zwangsläufig Rückwirkungen auf die G. m. b. H. ausgingen. Entsprechend dürften diese Sätze wohl im Sinne Lucas' auf die Kartell-A.G. auszudehnen sein. Zum gleichen Ergebnis kommen Lenich Fischer[64]) und Hempfing[65]).

III. Nicht ganz so weit geht Brodmann[66]). Dieser hätte bei folgerichtiger Fortführung seiner oben dargelegten Gedankengänge zu dem Ergebnis kommen müssen, daß § 8 K. V. als Aufhebung der erwähnten im Gläubigerinteresse geschaffenen Sonderbestimmungen aufzufassen sei. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift läge dann darin, daß die der Wirksamkeit einer materiell von jeher zulässigen Kündigung gezogenen Grenzen beseitigt würden und die Kündigung so ihre volle Wirksamkeit erlange. Anstatt dessen trifft er unter Abweichung von diesem von ihm selbst schon angedeuteten Rechtssystem lediglich die Feststellung, daß § 8 K. V. das Gesellschaftsverhältnis gewaltsam zerreiße und die Nebenleistungspflichten zum Erlöschen bringe. Allerdings bleibe — und darin liegt der Unterschied zu der erwähnten Ansicht Lucas' — diese Lösung nicht ohne Einfluß auf den übrigen Teil der Mitgliedschaft. Aus der reinen Zwecküberlegung, daß die Beteiligung eines Kartellmitgliedes an der Kapitalgesellschaft, nachdem es aus dem eigentlichen Kartell ausgeschieden sei, keinen Sinn habe und dem Wesen des Kartells sogar zuwiderlaufe, kommt er zu dem Ergebnis, daß mit dem Ausscheiden des Mitglieds aus dem Kartell seine sämtlichen sonstigen Rechte und Pflichten ruhen, bis die Gesellschaft von ihrem nach seiner Ansicht durch die Kündigung neugeschaffenen Amortisationsrecht Gebrauch macht.

IV. Zum gleichen Ergebnis kommt in folgerichtiger Durchführung seiner oben dargelegten Gedankengänge von der Kündigungsmöglichkeit des rechtlich-selbständigen Nebenleistungsverhältnisses Flechtheim[67]).

Flechtheim nimmt an, daß die Kündigung nach § 8 K. V. eine dreifache Wirkung hat:
1. bringt sie die Nebenleistungspflichten zum Erlöschen. Die Begründung ist die oben Seite 22 ff. gegebene;
2. führt die Bestimmung des § 8 K. V. einen neuen gesetzlichen Fall der Armotisation in das Gesellschaftsrecht ein. Demnach erwirbt also bei Kündigung nach § 8 K. V. die Gesellschaft unmittelbar das Recht, den Geschäftsanteil einzuziehen, ohne daß es auf das Einverständnis des Ausscheidenden ankäme;

3. gleichzeitig sieht Flechtheim in der Kündigungserklärung nach § 8 K. V. eine Abtretungserklärung des Gesellschafters an die Gesellschaft, deren Wirksamkeit lediglich von der Annahme der Gesellschaft abhängt. Die Gesellschaft hat daher nach seiner Ansicht, wenn

---

[63]) S. 19. Ähnlich Klinger S. 4, 22 u. Kartellgericht-E vom 3. III. 24, abgedr. ebenda.
[64]) S. 195, 219.
[65]) S. 94.
[66]) Anm. 8 c.
[67]) Kart. Rdsch. 27, S. 59 ff.

ein Gesellschafter nach § 8 K. V. gekündigt hat, das Recht, entweder seinen Geschäftsanteil einzuziehen oder durch Annahme seines Abtretungsangebots zu erwerben.

Macht die Gesellschaft von diesem Recht keinen Gebrauch, so steht dem Mitgliede das Kündigungsrecht aus § 61 G. m. b. H.-Ges. zu, da ein wichtiger, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegender Grund alsdann gegeben ist. In Verfolg der Hachenburg'schen Theorie[68]) wird auch von ihm angenommen, daß dem Wesen des Kartells entsprechend die Beteiligung mit mindestens dem zehnten Teil des Gesellschaftskapitals als Kündigungsvoraussetzung nicht erforderlich ist.

Flechtheim hat die Frage nur mit Bezug auf die G. m. b. H. behandelt. Es dürften aber keine Bedenken bestehen, sie ohne weiteres auf die A. G. in gleichem Umfange anzuwenden. Befremdend wirkt hierzu allerdings eine Äußerung Flechtheims bei der Besprechung der Wirkungen einer Kündigung nach § 8 K. V.[69]). Nachdem er zuvor über die G. m. b. H. gehandelt hat, tut er ohne nähere Begründung die A.G. damit ab, daß er sie für Kartelle als ungeeignet und in der Praxis nicht vorkommend bezeichnet. Ob das richtig ist oder nicht, steht hier nicht zur Erörterung. Soviel aber muß aus seinen eigenen Gedankengängen festgestellt werden, daß, wenn auch die Nebenleistungs-Aktiengesellschaft wegen der Beschränkung in der Ausgestaltung der Nebenleistungen (Erfordernis der wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Nebenleistungen) als Kartell ungeeignet ist, die Frage der Lösung auf Grund des § 8 K. V. genau so zu beantworten sein muß wie bei der Nebenleistungs-G. m. b. H. Allenfalls könnten Bedenken hinsichtlich des Kündigungsrechts des Mitglieds entsprechend § 61 G. m. b. H.-Ges. im Falle der Nichtamortisation von seiten der Gesellschaft bestehen. Das würde aber an der grundsätzlichen Beurteilung des Kündigungsrechts aus § 8 K. V. nichts ändern[70]).

Die Flechtheim'sche Ansicht hinsichtlich der Kündigung nach § 8 K. V. deckt sich im wesentlichen mit der von Isay-Tschierschky[71]) vertretenen, die wohl die eigentlichen Begründer dieser Auslegungsart sind und insbesondere die Rechtsprechung stark beeinflußt haben.

Einen Mittelweg schlägt Friedländer[72]) ein, indem er meint, die Kündigung könne nach Belieben auf die gesamte G. m. b. H. erstreckt werden.

Das Kartellgericht begnügt sich mit der Feststellung, daß § 8 K. V. lediglich die Kartellbindungen, also bei der G. m. b. H. und entsprechend bei der A. G. nur das sogen. Nebenleistungsverhältnis lösen wolle, und daß die Einwirkung einer gemäß § 8 K. V. erhobenen Kündigung auf die übrigen Teile der Mitgliedschaft sich nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen bestimme[73]).

---

[68]) s. o. § 3, b., bb.
[69]) S. 295.
[70]) J. v. Gierke nimmt bei der A. G. an, daß der Aktionär einen Anspruch auf Abnahme der Aktie durch die A. G. habe.
[71]) § 8 Anm. 60/62.
[72]) S. 47.
[73]) Kart. Rundsch. 24, 83.

Das Reichsgericht[74]) folgt der Isayschen Theorie. Auch im übrigen dürfte diese Auslegung des § 8 K. V. in der Kartellrechtsliteratur die herrschende sein[75]).

Zu einem anderen Ergebnis, das aber auch folgerichtig aus seiner bis dahin vertretenen Ansicht über die Kündigung der Nebenleistungen hervorgeht, gelangt Hachenburg[76]). Er faßt die Vorschrift des § 8 K. V. als neuen Fall der Kündigungsklage auf und kommt daher hinsichtlich der Rechtsnatur der Kündigung nach § 8 zu dem Ergebnis, daß eine solche Kündigung die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe.

Hachenburg hat die Untersuchung nur hinsichtlich der G.m.b.H. durchgeführt. Da nach seiner Ansicht § 8 K. V. lediglich die Voraussetzung einer Kündigung schafft, die Wirkung aber sich nach den Vorschriften der Gesellschaftsform bestimmt, die das betr. Kartell gewählt hat, so würde hieraus gefolgert werden müssen, daß die Kündigung eines in die Form einer Nebenleistungs-A. G. gekleideten Kartells schlechterdings ausgeschlossen ist, da eine Möglichkeit zum Ausscheiden aus der A. G. abgesehen von der Veräußerung nicht besteht. Daß eine solche Auslegung, die zwar von Hachenburg nicht ausgesprochen ist, aber eine folgerichtige Fortführung seiner für die G.m. b. H. dargelegten Gedankengänge darstellt, dem Sinn und Zweck der Kartellverordnung zuwiderlaufen würde, liegt auf der Hand. Die Ansicht Hachenburgs darf daher nur als auf das Recht der G. m. b. H. abgestellt gewertet werden. Man müßte sonst schon die Gedankenfolge dahin fortführen, daß man ausgehend von dem Vorhandensein der Befugnis, ein dem § 61 G. m. b. H.-Ges. entsprechendes Kündigungsrecht auch bei der A. G. satzungsmäßig festzusetzen, durch § 8 K. V. ein solches Kündigungsrecht als auf gesetzlichem Wege begründet ansieht. Alsdann würde bei der Kartell-A. G. und -G. m. b. H. das Ergebnis das gleiche sein.

Ebenso wie Hachenburg sieht wohl auch Müller-Erzbach[77]) in § 8 K. V. ein Seitenstück zu § 61 G. m. b. H.-Ges., wenn er diese Vorschrift als „lex spezialis" bezeichnet und eine Wirkung der Kündigung nach § 8 K. V. auf die Gesamtmitgliedschaft annimmt.

## III. KAPITEL:

## DIE BEFREIUNG VON DER NEBENLEISTUNGSPFLICHT DER AKTIENGESELLSCHAFT UND DER GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG.

Bei der vorstehenden Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen über die hier zu behandelnde Frage und der gleichzeitig daran geknüpften Untersuchung ihrer Folgerichtigkeit mußte auffallen, daß eine verhältnismäßig große Zahl der erörterten Lehrmeinungen an irgendeiner Stelle Folgeunrichtigkeiten aufweisen, die nur aus dem Bestreben, ein wirtschaftlich vernünftiges Ergebnis zutage zu fördern, verständlich sind. Sachlich gehen sie zumeist von richtigen

---

[74]) RG in Kart. Rundsch. 26, 463, RGZ 114, 212.
[75]) Krause, insbes. S. 43; Schröter, S. 61; Scholz Anm. III, Dür.-Hach. II, 1 Anm. 405; J. v. Gierke § 49, C 1.
[76]) Exkurs. zu § 3 Anm. 11 a, 12.
[77]) S. 414.

Voraussetzungen aus, kommen aber dann zu Schlüssen, die nicht gebilligt werden können; z. T. erscheinen allerdings auch schon die Grundlagen ihrer Ansichten fehlerhaft.

## § 5. Die Begründung der Nebenleistungspflicht im Verhältnis zu der Begründung der Mitgliedschaft und die innere Beziehung der Mitgliedschaft zu der Nebenleistungspflicht.

In richtiger Weise nehmen fast alle, die sich mit dem rechtlichen Charakter der Nebenleistungen befassen, das rechtliche Wesen des Gründungsaktes einer Nebenleistungs-A.G. oder -G. m. b. H. zum Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen. Dies führt zurück auf die Frage der Rechtsnatur der Gründung einer A. G. und einer G. m. b. H. im allgemeinen.

### a) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im allgemeinen.

Es besteht hier ein grundsätzlicher Streit darüber, ob die Gründung als Gesellschaftsvertrag[78]) oder als Gesamtakt[79]) aufzufassen ist. Herrschend dürfte jetzt die Gesamtaktstheorie sein, deren Anhänger allerdings unter sich auch noch wieder unterschiedliche Lehren über das Wesen dieses Gesamtaktes vertreten. Im Rahmen dieser Arbei würde es zu weit führen, auf sie alle einzugehen. Denn zur Entscheidung steht nicht die Frage, welchen Rechtscharakter die Gründung einer A. G. oder G. m. b. H. überhaupt trägt, sondern zu erörtern ist lediglich, ob die — gleichviel wie aufzufassende — Gründung einer A. G. oder einer G. m. b. H. ein einheitlicher Vorgang ist und ob dementsprechend das Verhältnis des Mitgliedes zur Gesellschaft als einheitliches geschaffen wird, oder ob die einzelnen körperschaftlichen Rechte und Pflichten selbständig nebeneinander zur Entstehung gelangen.

Im Schrifttum sind Zweifel darüber, daß der Gründungsvorgang etwa nicht einheitlich sei, nirgendwo entstanden. Allen erwähnten Gründungstheorien gemeinsam ist die Auffassung des Gründungsaktes als eines einheitlichen Vorgangs. Es wird von keiner Seite in Frage gestellt, daß der Gesamtvorgang der Gründung nicht als eine Summe von einzelnen Rechtsakten, als eine Begründung einzelner Rechte und einzelner Pflichten angesehen werden darf, sondern daß er ein in seiner Gesamtheit einheitlicher Schöpfungsakt eines einheitlichen neuen Rechtsgebildes ist. Die Richtigkeit dieser Annahme folgt daraus, daß der Wille der Gründer jedweder Korporation niemals nur darauf gerichtet ist, einzelne Rechte oder einzelne Pflichten der Mitglieder und der zur Entstehung zu bringenden Körperschaft hervorzubringen. Der Zweck ist vielmehr

---

[78]) So: Planck-Knoke, BGB-Komm. § 21 Anm. 6; Müller-Erzbach S. 254; Brodmann Aktienrecht-Komm. § 182 Anm. 2; RGZ 63 S. 98 ff.

[79]) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 114 ff.; ders. Deutsches Privatrecht, I §§ 58, 63; Oertmann vor § 21; Kohler I, 338; K. Lehmann I, 308 ff.; Fischer 74 ff.; vgl. auch: Staub-Pinner 14. Aufl. § 189 ff. Anm. 20; Goldschmit § 182 Anm. 7; RGZ 118 S. 270; Ruth in ZHR 88,454; J. v. Gierke § 39 I 1a.

stets die Begründung eines neuen Rechtssubjektes, einer Korporation, und Inhalt dieses neuen Gebildes ist eine Gesamtheit von Berechtigungen und Pflichten.

Dementsprechend entstehen dann auch die Beziehungen des Mitgliedes zu der Körperschaft nicht als eine Summe selbständig nebeneinander stehender oder auch sich entsprechender Rechte und Pflichten, sondern als ein in sich untrennbar geschlossenes Rechtsverhältnis, das als Mitgliedschaft bezeichnet wird. Denn ebenso wie die Korporation im ganzen einheitlich begründet wird, will auch zu seinem Teil weder das an der Gründung beteiligte noch das später beitretende Mitglied durch seine Beitrittserklärung lediglich irgendwelche Rechte erwerben oder sich zu irgendwelchen Leistungen verpflichten. Sein Wille und der zum Vollzug des Beitritts ebenfalls erforderliche Wille der Korporation[80]) ist vielmehr einzig und allein darauf gerichtet, eine Mitgliederstellung mit allen ihr innewohnenden Berechtigungen und Verpflichtungen, also jenen „eigenartigen Inbegriff von Rechten und Pflichten", der nach H. Lehmann[81]) die Mitgliedschaft ausmacht, zu schaffen.

### b) Die Rechtslage bei der Nebenleistungsgesellschaft.

I. Es ist nicht einzusehen, warum die in der dargestellten Form allgemein anerkannte Rechtslage sich ändern soll, wenn den Mitgliedern einer Körperschaft satzungsgemäß Nebenleistungen nach § 212 HGB oder § 3, II G. m. b. H.-Gesetz auferlegt werden. Genauso wie dort mehrere Rechte, z. B. Stimmrecht, Dividendenrecht, und die Einlagepflicht begründet sind, zu denen noch alle möglichen Sonder- und Vorrechte hinzutreten können, und man trotzdem den Gesamtkomplex der Mitgliedschaft als rechtliche Einheit auffaßt, genau so muß es auch möglich sein, auf der anderen Seite zu der Einlagepflicht eine weitere gesetzlich zulässige Pflicht hinzuzufügen, ohne daß um derentwillen ein neues Rechtsverhältnis begründet zu werden brauchte. Etwas anderes als die gesetzlich zulässige Vermehrung der üblichen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten bedeutet aber die Begründung der Nebenleistungspflicht nicht. Gewiß ist es grundsätzlich möglich, durch Sonderverträge außerhalb des Körperschaftsverhältnisses mit den Mitgliedern als Dritten Verträge abzuschließen, in denen diese zu gewissen Leistungen gegenüber der Gesellschaft verpflichtet werden, die im allgemeinen den Inhalt von Nebenleistungsverpflichtungen zu bilden pflegen — auf die Unrichtigkeit der dies verneinenden Ansicht Fischers[82]) soll unten noch eingegangen werden. — Das berechtigt aber noch nicht zu der Schlußfolgerung, daß in der satzungsmäßigen Auferlegung von Nebenleistungspflichten, die die Regel bildet, ein rechtlich neuer Schöpfungsakt liegt, und daß durch diesen ein Sonderverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern oder zwischen den Mitgliedern untereinander geschaffen wird. Diesen Fehler begeht Roth, wenn er stets das Vorliegen eines besonderen, die Nebenleistungen betreffenden Rechtsverhältnisses annimmt. Die

---

[80]) So, wenn man der Ansicht Ruths folgt. Nach der sonst in der Rechtslehre vertretenen Meinung vollzieht sich der Beitritt einseitig, so daß es auf den Willen der Körperschaft nicht ankommt. Diese Abweichung ändert also an der getroffenen Feststellung nichts.

[81]) § 59 IV 2 a.

[82]) s. o. § 3 d.

Nebenleistungspflicht weist zwar in ihrem Umfang erhebliche Unterschiede zu den sonstigen aus der Mitgliedschaft entspringenden Pflichten auf, sie ist aber ihrem Ursprung nach genauso wie jene Bestandteil der Mitgliedschaft. Die Theorie von der, wenn auch zeitlich zusammenfallenden, so doch rechtlich gesonderten Begründung eines Nebenleistungsverhältnisses muß daher aus dem Wesen des einheitlichen körperschaftlichen Schöpfungsaktes heraus abgelehnt werden. Bereits an diesem Punkt ist daher die von hier aus folgerichtig durchgeführte Ansicht Roths angreifbar. Ihre Ergebnisse hinsichtlich der Lösungsmöglichkeiten des Mitgliedes einer Nebenleistungsgesellschaft sind daher, da sie auf einer falschen Grundlage aufgebaut sind, ohne Interesse.

II. Aus der Annahme eines rechtlich einheitlichen Begründungsaktes folgt mit zwingender Notwendigkeit, daß das Erzeugnis dieses einheitlichen Schöpfungsherganges ein einheitliches Ganze ist. Nicht recht verständlich erscheint es, wie eine Reihe von Rechtslehrern und auch das Reichsgericht in RGZ 128 S. 1 ff.[83]) zwar die Einheitlichkeit des Gründungsvorganges bejahen, dann aber doch die Möglichkeit einer rechtlichen Sonderbehandlung des sogenannten Nebenleistungsverhältnisses annehmen können. Diese Auffassung kann unmöglich richtig sein, wenn man auch nur im entferntesten versucht, das Rechtsleben wirklich als Leben, also organisch aufzufassen. Sobald man die Einheitlichkeit des Begründungsaktes bejaht, muß man auch die rechtliche Einheit des Erzeugnisses anerkennen. Daß aber eine Einheit nur einheitlich behandelt werden kann und es nicht möglich ist, Stücke aus ihr herauszureißen und diesen eine rechtliche Sonderstellung einzuräumen, ist die folgerichtige Fortführung dieses Gedankens[84]).

Dieser Satz gilt nicht etwa nur für das Korporationsrecht, sondern hat auch sonst ganz allgemein im geltenden Recht seinen Niederschlag gefunden. Es sei nur verwiesen auf die sehr ähnliche Lage beim Schuldverhältnis des bürgerlichen Rechts[85]). Auch dieses ist eine Summe von einander entsprechenden Rechten und Pflichten. Wenn hierbei auch der Zusammenhang zwischen Berechtigungs- und Verpflichtungsseite nicht so eng ist, wie bei der Mitgliedschaft und im allgemeinen die Möglichkeit besteht, sowohl die Berechtigung als auch die Verpflichtung gesondert auf einen Dritten übergehen zu lassen (Abtretung und Schuldübernahme), so herrscht doch kein Zweifel darüber[86]), daß keinesfalls der Schuldner einen Teil seiner Verpflichtung einseitig zum Erlöschen bringen, das Schuldverhältnis im übrigen aber aufrechterhalten kann. Ein Beispiel aus dem täglichen Leben mag zur Erläuterung dienen: Niemand wird es für zulässig halten, daß ein Dienstmädchen, das außer zu der üblichen Hausarbeit zum Kehren der Straße verpflichtet ist, berechtigt sein sollte, die Straßenkehrpflicht allein aufzukündigen.

---

[83]) s. o. § 3 b dd.

[84]) André, S. 13 zieht treffend den Vergleich mit einem einheitlichen Bauwerk, welches einstürzt, wenn ein Teil zusammenfällt.

[85]) Darüber, daß die Mitgliedschaft nicht selbst als Schuldverhältnis angesprochen werden kann, sondern jenem nur insofern vergleichbar ist, als es ebenfalls die Grundlage für Rechtsbeziehungen bildet, vergl. u. S. 39/40, Riesenfeld S. 10.

[86]) Streitig ist nur die Frage der Teilkündigung im Mietrecht, auf die noch zurückzukommen ist. S. u. S. 33, 34.

Dagegen darf nicht eingewendet werden, daß ein Schuldverhältnis häufig die verschiedenartigsten Bestandteile enthält, Fall des zusammengesetzten und des verbundenen Rechtsgeschäfts[87]). Wenn bei einem solchen die rechtlichen Bestandteile ermittelt werden, so geschieht dies nur zum Zwecke der Feststellung des für das Schuldverhältnis typischen Charakters, um auf diese Weise die hauptsächlich anwendbaren Rechtsvorschriften zu finden, um also z. B. zu wissen, ob vorzüglich Miet- oder Dienst- oder Kaufrecht Anwendung zu finden hat, keinesfalls aber, um die gesonderte Behandlung der einzelnen Teile des einheitlichen Rechtsgeschäfts zu ermöglichen. Denn auch das zusammengesetzte und das verbundene Rechtsgeschäft ist ein einheitliches[88]). Besonderheiten bestehen allerdings bei dem letzteren insofern, als hier u. U. ein Teil des Geschäfts aus irgendwelchen Gründen nichtig sein kann, während der übrige Teil besteht, § 139 BGB. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um die selbständige Behandlung von Teilen, sondern um die Frage, ob ein Rechtsgeschäft — nicht nach Fortfall, sondern — bei Nichtentstehung eines Teiles im übrigen als fertiger Organismus ins Leben getreten ist, oder ob bei Fehlen dieses Teiles das Rechtsgeschäft nicht lebensfähig ist[89]). Demnach begründet § 139 BGB für den aus einem Rechtsgeschäft Verpflichteten nicht das Recht, sich von einzelnen Teilen seiner Verpflichtung zu lösen. Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß die Regelung des § 139 BGB nicht etwa nur bei von Anfang an gegebener Nichtigkeit (z. B. Sittenwidrigkeit), sondern auch dann gilt, wenn die Nichtigkeit nur als von Anfang an bestehend angenommen wird (Anfechtung, Rücktritt)[90]). Denn auch in diesem Fall handelt es sich im Ergebnis um die gleiche Lage einer von Anbeginn an vorhandenen Nichtigkeit eines Teiles. Leider ist von dem Grundsatz der Unzerreißbarkeit eines Schuldverhältnisses das Reichsgericht in einem allzu weichen Rechtsempfinden mitunter abgegangen. Es hat in einer Entscheidung[91]) es beispielsweise für möglich gehalten, daß der Mieter eines Grundstücks, der gleichzeitig dazugehörige gewerbliche Räume gepachtet hatte, die Pacht dieser Räume aufkündigte, das Mietverhältnis aber hinsichtlich der Wohnung aufrechterhielt. Es hat für einen solchen Fall dem Vertragsgegner ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zugesprochen. Die rechtliche Grundlage hierfür erscheint

---

[87]) Der Unterschied zwischen diesen beiden besteht darin, daß bei dem ersteren ein einheitliches Geschäft mit mehreren Leistungen, bei dem letzteren ein aus mehreren Geschäften zu einer Einheit zusammengefügtes Geschäft gemeint ist; vgl. André S. 6, 9 ff., 23, dessen Einteilung gefolgt wird. vgl. weiterhin Höniger, insbes. S. 32 ff.; Enneccerus-Lehmann § 100 B; Staudinger vor § 305, Einl. I, 5; RGRKomm. § 139 A. 1; § 305 A. 3; Oertmann Anm. zu § 139; für das Körperschaftsrecht Riesenfeld, S. 58 f.

[88]) Gemeint ist natürlich nicht der Fall, daß mehrere Rechtsgeschäfte nur äußerlich verbunden, also ein Vertrag gar nicht vorliegt, sondern mehrere, vgl. André S. 20; Staudinger § 139, 2 b; Enneccerus-Lehmann § 100 A.

[89]) Über die Einzelheiten vgl. insbes. Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit. Obwohl von ihm die Grenzen der Anwendung des § 139 BGB sehr weit gezogen werden, leitet auch er aus § 139 kein selbständiges Teilaufhebungsrecht in dem hier besprochenen Sinne her.

[90]) Staudinger I, § 139,3. André S.30/31.

[91]) RGZ. 114 S. 245.

schwankend, die Rechtsfindung reichlich konstruktiv, im übrigen rechtspolitisch stark bedenklich. Der in der genannten Entscheidung vertretene Standpunkt muß mit aller Entschiedenheit abgelehnt werden. Man bedenke die Folgen solcher Auffassung. Schließlich ist gar der Mieter einer Achtzimmerwohnung berechtigt, selbständig drei Zimmer zu kündigen[92]).

Auf gleicher Linie aber stehen die Ansichten derer, die bei der Nebenleistungsgesellschaft ein gesondertes Nebenleistungsverhältnis konstruieren und dieses einer rechtlichen Sonderbehandlung unterwerfen wollen. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Es gibt nur eine aus einem einheitlichen Schöpfungsakt hervorgegangene körperschaftliche Einheit. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht fernerhin ganz besonders der Umstand, daß Nebenleistungsgesellschaften in erster Linie gerade zur Begründung von Nebenleistungen eingegangen werden. Diese spielen also in der Regel eine größere Rolle als die Kapitaleinlage, die hierbei oftmals ganz in den Hintergrund tritt und häufig nur der Form halber statutarisch bestimmt ist, weil ohne solche Fixierung die Gründung in der Form der Kapitalgesellschaft unzulässig wäre. Zumeist sind also gerade die Nebenleistungen in Wirklichkeit die gewollten Hauptleistungen. Umsoweniger ist es also zulässig, diese Leistungsverpflichtungen aus dem Bestand der Korporation herauszulösen und die Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsverhältnisses zu zerstören[93]).

III. Nach dieser Feststellung erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage der rechtlichen Behandlung des Nebenleistungsverhältnisses. Es braucht nicht untersucht zu werden, ob die Rechtssätze der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft entsprechend anzuwenden sind, oder ob eine Analogie zu den Vorschriften des § 623 BGB unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechtssätze über Dauerbindungen am Platze ist. Denn alle Betrachtungen hierüber würden der Grundlage entbehren, nachdem das Vorliegen eines einer Sonderbehandlung fähigen Nebenleistungsverhältnisses verneint ist. Daher ist die Ansicht Feines, Kaufmanns, Flechtheims und ihrer Anhänger sowie des Reichsgerichts und Herzogs[94]), die sämtlich für eine rechtliche Sonderbehandlung der Nebenleistungen eintreten, abzulehnen. Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen bleibt festzuhalten, daß die Nebenleistungsgesellschaft eine aus einheitlichem Gründungsakt hervorgegangene Einheit darstellt, die eine rechtliche Sonderbehandlung von Teilen begrifflich ausschließt.

Wenn das Reichsgericht in RGZ 128, S. 15 seine entgegengesetzte Ansicht damit zu begründen sucht, daß in § 8 K. V. die selbständige Aufkündigung gewisser Teile eines Gesellschaftsvertrages, der eine G. m. b. H. betrifft, zugelassen sei, so muß dem entgegengehalten werden, daß von den Wirkungen einer Kartellkündigung weder in § 8 noch an sonstiger Stelle der Kartellverordnung etwas verlautet. Es ist also Auslegungssache, welche Wirkungen man einer Kündigung nach § 8 K. V. geben will. Wenn das Reichsgericht die Ansicht vertritt, daß nur der kartellrechtliche Teil der A. G. oder der G. m. b. H.

---

[92]) Ebenso: Loening S. 214 ff.; Ruth, Mieterschutzgesetz, S. 188; Bruschwitz in JW 22 S. 789; Mittelstein in JW 22 S. 235 (außer bei Notrecht). Ebenso grundsätzlich LG Arnsberg in JW S. 235; Marwitz in JW 27 S. 2506; a. A. LG Neiße in JW 22 S. 828; LG Elberfeld in JW 22 S. 825.

[93]) Vgl. Feine, S. 339.

[94]) s. oben § 3 b dd.

erfaßt wird, so geht es dabei bereits von der Voraussetzung aus, daß eine Teilkündigung begrifflich möglich ist. Die Annahme, daß eine Kündigung nach § 8 K. V. nur einen Teil des Mitgliedschaftsverhältnisses erfaßt, ist also bereits eine Folge der Grundeinstellung zu der Frage, ob ein Rechtsverhältnis und im besonderen ein Mitgliedschaftsverhältnis teilweise aufgehoben, teilweise bei Bestand gelassen werden kann. Es geht daher nicht an, die Einstellung zu einer Folgeerscheinung zur Begründung der Rechtsauffassung hinsichtlich einer anderen Folgeerscheinung zu machen, ohne sich mit den gemeinsamen Grundlagen beider auseinandergesetzt zu haben. Sobald man aber bejaht, daß die Begründung einer A. G. und einer G. m. b. H. einheitlich erfolgt, und damit zwangsläufig auch anerkennen muß, daß die aus der Gründung hervorgegangene Körperschaft sowie die im einzelnen bestehenden Mitgliedschaftsverhältnisse einheitliche und unzerreißbare Rechtsgebilde sind, muß von hier aus die Möglichkeit einer Teilaufhebung der Mitgliedschaft durch Kündigung oder Preisgabe abgelehnt werden.

Die gleichen Gründe stehen der Rechtsauffassung entgegen, daß die Nebenleistungen stets dann selbständig gekündigt werden könnten, wenn sie Dienstverpflichtungen zum Gegenstande hätten[95]) und daß hierin die grundsätzliche Löslichkeit der Nebenleistungspflicht zum Ausdruck komme. Auch diese Auslegung geht von der falschen Voraussetzung aus, daß eine Teilaufhebung der Mitgliedschaft möglich ist, auch sie kann dann ebensowenig wie die vorstehend dargestellte Bezugnahme auf § 8 K. V. zur Begründung der Rechtsansicht des in der rechtlichen Behandlung selbständigen Nebenleistungsverhältnisses dienen. Eine andere Frage ist die, ob der Umstand, daß Dienstleistungen in Form von Nebenleistungspflichten den Mitgliedern einer A. G. oder einer G. m. b. H. auferlegt sind, u. U. zur Aufkündigung der Gesamtmitgliedschaft führen können, wofern man nicht überhaupt mit Brodmann[96]) und einigen anderen[97]) die Auferlegung von Dienstleistungen in Gestalt von Nebenleistungspflichten für unzulässig und gegebenenfalls für nichtig hält. Die Antwort hierauf kann nur aus der Wertung des rechtlichen Charakters der Nebenleistungsgesellschaft gefunden werden.

## § 6. Der Rechtscharakter der Nebenleistungsgesellschaft.

### a) Abweichungen vom Normaltypus.

Die Nebenleistungsgesellschaft — unter welchen Begriff also nicht das sogenannte Nebenleistungsverhältnis, sondern die Gesamtheit der gesellschaftlichen Beziehungen einschließlich der Verpflichtungen zu Nebenleistungen und der diesen gegenüberstehenden Rechte zu verstehen ist — unterscheidet sich in der Art der Bindung ihrer Mitglieder von dem Normaltypus der A. G. und G. m. b. H. erheblich. Während dort der Gesellschafter eine einmalige Kapitalleistung von bestimmter Höhe zu bewirken hat, ist er hier zu weiteren, im Regelfall unbegrenzt andauernden Leistungen verpflichtet. Während dort das Risiko ganz klar erkenntlich nur im etwaigen Verlust der Kapitalbeteiligung besteht, ist hier gar nicht abzusehen, unter wie veränderten Umständen man möglicherweise von dem Mitgliede Nebenleistungen verlangen wird. All dies berechtigt zu der Frage, ob die Nebenleistungsgesell-

---

[95]) RGZ 128 S. 1 ff.; ebenso Feine S. 355; Kaufmann S. 419.
[96]) A.-G.-Komm. § 212 Anm. 2a.
[97]) Wolff, S. 335.

schaft überhaupt noch ihrem Wesen nach eine Kapitalgesellschaft ist und als solche den Vorschriften des Aktien- und G. m. b. H.-Rechts unterfällt, oder ob sie eine körperschaftsrechtliche Besonderheit eigener Art darstellt, oder ob sie nicht etwa gar unter Zurückstellung der korporativen Eigenart im wesentlichen als eine schuldrechtliche Dauerbindung aufzufassen ist, die etwa einem Dienstverhältnis vergleichbar wäre oder einem bürgerlichrechtlichen Gesellschaftsverhältnisse entspräche. Bei der Wahl einer der letztgenannten Auslegungen müßte u. U. weiter geprüft werden, inwieweit dann die Grundsätze auf die Gesamtkörperschaft Anwendung zu finden hätten, die von Rechtslehre und Rechtsprechung für das fälschlicherweise angenommene Nebenleistungsverhältnis entwickelt sind.

### b) Das körperschaftliche Element.

Die vorstehend aufgeworfene Frage nach der rechtlichen Natur der Nebenleistungsgesellschaft muß dahin beantwortet werden, daß sie trotz aller durch das Auferlegen von Nebenleistungen bedingten Veränderungen ihrem Wesen nach stets eine A. G. oder G. m. b. H. bleibt.

Die dagegensprechende Ansicht Fischers[98]) über die Nutzungsgemeinschaft ist sehr interessant, und ihr ist auch beizustimmen, soweit sie die Unterschiede im Wesen der Handels- und der Nutzungsgemeinschaft betrifft. Jedoch erscheinen die daraus gezogenen Folgerungen unzutreffend. Denn die Nutzungsgemeinschaften haben, wie Fischer selbst zugibt, die Form der echten Handelsgesellschaften gewählt. Diese Wahl lag in ihrem freien Willen. Sie haben also, ohne ihren Charakter als Nutzungsgemeinschaften aufzugeben, sich äußerlich den echten Handelsgesellschaften gleichgestaltet. Demgemäß müssen sie auch genau so wie diese behandelt werden. Denn gerade so weit wie sie die Form der Handelsgesellschaften gewählt haben, haben sie sich der ursprünglich aus ihrer Eigenart herrührenden rechtlichen Besonderheiten begeben. Unrichtig erscheint daher auch die Ansicht Fischers, daß eine Nebenleistungs-A.G. oder -G. m. b. H. nicht auch mit ihren Mitgliedern wie mit Dritten Lieferungsverträge schließen könne, da dies dem Wesen der Nutzungsgemeinschaft zuwiderlaufe. Wenn auch regelmäßig Lieferungs- und ähnliche Pflichten in Form von Nebenleistungspflichten satzungsmäßig begründet werden, so ist es doch ohne Bedenken auch für zulässig zu halten, daß die Körperschaft wie mit jedem beliebigen Unbeteiligten so auch mit ihren Mitgliedern auf rein individualrechtlicher Grundlage Verträge abschließen kann[99]). Die Unterscheidung zwischen Nutzungsgemeinschaft und Handelsgesellschaft ist im geltenden Recht nicht verwirklicht. Demgemäß muß entgegen der Auffassung von Fischer daran festgehalten werden, daß für ein in der Form der Körperschaft in Erscheinung tretendes Rechtsgebilde in erster Linie die Rechtssätze des Körperschaftsrechts zur Anwendung zu kommen haben. Das aber trifft bei der Nebenleistungsgesellschaft zu. Das Maßgebende bei der Untersuchung des rechtlichen Charakters der Nebenleistungsgesellschaft ist das, daß sie trotz aller sie von den übrigen Korporationen unterscheidenden Eigenarten die typischen Merkmale derselben trägt. Sie ist, um der Staubschen[100]) Begriffsbestimmung zu folgen, „eine durch

---

[98]) s. o. § 3 d.
[99]) Gegen Fischer die herrschende Meinung, vgl. Hachenburg, Anm. 25 zu § 3.
[100]) § 178 Anm. 15.

Vereinigung von Personen gebildete, in das Handelsregister eingetragene juristische Person unter eigener Firma, deren Satzung den im Gesetz für den A. G.- bezw. G. m. b. H.-Vertrag vorgeschriebenen Erfordernissen entspricht". Schon durch ihre Stellung im Aktien- und G. m. b. H.-Recht kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber in ihr eine A. G. und G. m. b. H. schaffen wollte, die zwar durch gewisse Unterschiede von den übrigen A. G.- und G. m. b. H. abweicht, im Wesen aber doch eine solche bleibt.

Weil sie diese Tatsache verkennt, muß auch die Ansicht Brodmanns[101]) abgelehnt werden, die zweifellos ebenfalls wegen der Eigenart der von ihm vorgeschlagenen Lösung Beachtung verdient. Er begeht einen ähnlichen Fehler wie Fischer, wenn er die A. G. und die G. m. b. H. in ihrem Wesen als etwas von ihrer äußeren Form Verschiedenes ansieht — denn darauf läuft seine Ansicht letztlich hinaus — und im Verhältnis der Mitglieder zur Körperschaft nicht das Körperschaftsrecht gelten lassen will, sondern die Sätze zur Anwendung bringt, die angeblich dem Wesen der Vereinigung in Wahrheit entsprechen. Es geht nicht an, daß man unter Zurückstellung aller „Raisonnements" ohne Fesselung durch die Form aus Geist und Inhalt des Vertrages und allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen die aus dem Verhältnis von Mitglied und Korporation sich ergebenden Fragen entscheiden will. Dem widerspricht der Sinn und der Wortlaut des Gesetzes. Die Körperschaft mag zwar ihrem Wesen und Ursprung nach mit der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft in Zusammenhang stehen, vielleicht eine weiter entwickelte Form derselben darstellen[102]), das hindert aber nicht, daß doch mit Rücksicht auf ihre sie von jener trennenden Besonderheiten grundsätzlich das Körperschaftsrecht zur Anwendung zu kommen hat. Dies gilt insbesondere für den Ein- und Austritt, weil gerade die das Werden und Vergehen des mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Organismus betreffenden Fragen ausschließliches Gebiet des Korporationsrechts sind. Darin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber der Gesellschaft, daß die Körperschaft ein eigenes Leben führt, daß sie „eine reale Verbandspersönlichkeit" darstellt[103]). Diese Begriffe aber sind dem Gesellschaftsrecht fremd, infolgedessen ist zwar eine Analogie in allen das Gesellschafts- und das Korporationsrecht gemeinsam berührenden Fragen statthaft; sie muß aber dann abgelehnt werden, wenn die Verhältnisse, auf die irgendwelche Vorschriften entsprechend angewendet werden sollen, grundlegend andere sind. Demnach dürfen entgegen der Fischerschen wie auch der Brodmannschen Theorie nicht die Vorschriften des Aktien- und des G. m. b. H.-Rechts als Schranken ihres wahren Rechtscharakters angesehen werden, sondern umgekehrt haben in erster Linie die Sätze des Körperschaftsrechts Anwendung zu finden, und nur insoweit sie die Übernahme anderer Rechtsvorschriften zulassen, können diese Beachtung finden.

Nur unter diesem Gesichtspunkt könnten die Grundsätze, die von Feine[104]), Kaufmann[105]) und ihren Anhängern, sowie vor allem mit besonderer Klarheit vom Reichsgericht Bd. 128 S. 16 für das von ihnen fälschlicherweise angenommene Nebenleistungsverhältnis entwickelt sind, für die Frage von Bedeutung sein, ob nach ihnen eine Lösung der Gesamtmitgliedschaft des sein Ausscheiden begehrenden Gesell-

[101]) s. o. § 3 c.
[102]) Wieland I § 35.
[103]) O. v. Gierke, Privatrecht, § 59.
[104]) s. o. § b, dd.
[105]) Ebenda.

schafters möglich ist. Hier jedoch liegt die Antwort bereits in der Frage. Sobald anerkannt wird, daß die Nebenleistungsgesellschaft eine echte A. G. oder G. m. b. H. ist, steht fest, daß nur die Lösungsmöglichkeiten bestehen wie für jede andere A. G. oder G. m. b. H. auch. Dieser Gedanke ist im Schriftum im allgemeinen nicht klar herausgestellt worden. Daß er aber auch von denen, die das Vorhandensein eines weiteren besonderen Befreiungsrechtes bejahen, zur Voraussetzung genommen ist, folgt daraus, daß sie es überhaupt für nötig befunden haben, mit dem Gedanken eines rechtlich selbständigen Nebenleistungsverhältnisses zu arbeiten. Der zwingende Charakter des Rechts der Kapitalgesellschaften duldet es nicht, daß gerade in den typisch körperschaftsrechtlichen Gebieten fremde Rechtsvorschriften auf Grund Analogieschlusses angewendet werden. Die Nebenleistungsverpflichtungen sind im Gesellschaftsvertrage übernommen und als ein Teil der Mitgliederpflichten und -rechte bezeichnet und ausgebildet, sie sind daher dem Recht der A. G. bezw. der G. m. b. H. unterworfen[106]). Durchbrechungen dieses Grundsatzes sind nicht zulässig. Dies gilt selbst dann, wenn die Nebenleistungspflichten Dienstleistungen zum Gegenstande haben. Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß hinsichtlich ihrer die Ansicht vertreten wird, daß die Vorschrift des § 624 BGB über das Kündigungsrecht bei zeitlich unbegrenzter Verpflichtung entsprechend anzuwenden sei[107]). Die aus diesem Gedankengang entwickelte Meinung, daß die Nebenleistungen in einem solchen Fall selbständig aufkündbar seien, ist oben bereits zurückgewiesen worden. Aber auch die Möglichkeit einer Gesamtkündigung der Mitgliedschaft muß abgelehnt werden. Es ist nicht anzuerkennen, daß das Dienstrecht des BGB den Vorrang vor dem allgemeinen Korporationsrecht einnehmen soll. Denn daß eine solche Kündigung dem Wesen einer Körperschaft nicht entspricht, ist bereits dargelegt. Ebenso steht fest, daß in sonstigen Fällen (z. B. besteht keine Pflicht zur Mängelrüge auf Seiten der abnehmenden Gesellschaft. Ein gesellschaftliches Darlehen ist nicht nach § 609 BGB kündbar, ebensowenig eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung nach § 605 BGB[108])) bedenkenlos die Vorherrschaft des Korporationsrechts anzuerkennen ist. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb die Grundsätze des Dienstrechts eine besondere Stellung im System des Körperschaftsrechts einnehmen sollen[109]).

### § 7. Die Schlußfolgerung.

Nachdem somit festgestellt ist, daß die Nebenleistungsgesellschaft trotz gewisser Besonderheiten im Rechtsleben als gewöhnliche A.G. oder G. m. b. H. aufzufassen ist, hat sich als Schlußfolgerung für die hier zur Erörterung stehende Frage ergeben, daß auch bei ihr nur dieselben Lösungsmöglichkeiten bestehen wie bei jedweder anderen A.G. oder G. m. b. H. auch.

Daß das Mitglied einer Nebenleistungs-G. m. b. H. stets dann eine Lösung herbeiführen kann, wenn die Voraussetzungen des § 61 G. m. b. H.-Gesetz vorliegen, bedarf nicht noch einmal der Hervorhebung. Auch darauf, daß die praktische Bedeutung dieser Vorschrift verhältnismäßig gering ist, ist bereits hingewiesen.

Der Weg, durch entsprechende Anwendung des bei der Nachschuß-G. m. b. H. vorhandenen Abondonrechts eine Befreiung von

---

[106]) RGZ 73 S. 433.
[107]) RGZ 128 S. 1 ff.; Feine S. 355; Kaufmann S. 419.
[108]) vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 387 ff.; Feine S. 345.
[109]) Ebenso Hachenburg § 3 Anm. 26 a., Feine S. 345.

der Gesamtmitgliedschaft herbeizuführen, wie es Schütt und Kuhlenkampff im Auge haben[110]), ist bereits im allgemeinen Teil dieser Arbeit als ungangbar zurückgewiesen, da das Preisgaberecht eine in ihrem Anwendungsbereich engbegrenzte Rechtseinrichtung ist, die eine Übertragung auf andere Rechtsgebiete nicht zuläßt. Im übrigen besteht Ähnlichkeit zwischen der Lage des Mitgliedes einer Nachschuß-G. m. b. H. und der eines Aktionärs oder Gesellschafters einer Nebenleistungsgesellschaft nur insoweit, als die bei der letzteren den Gesellschaftern außer der Stammeinlage auferlegten Leistungen der Zeit nach unbestimmt sind. Im übrigen sind Nachschußverpflichtungen und Nebenleistungen wesentlich verschieden; insbesondere ist bei der Nebenleistungsgesellschaft der Umfang der Leistungen bekannt, nicht so bei der Nachschuß-G. m. b. H., so daß also bei jener das Mitglied, wenn auch in manchen Fällen nicht die Dauer, so doch die Höhe seiner Verpflichtung von vornherein überblicken kann. Gerade die fehlende Übersehbarkeit der Leistungen verbunden mit der zeitlichen Unbegrenztheit hat den Gesetzgeber veranlaßt, das Preisgaberecht für die Nachschuß-G. m. b. H. einzuführen, da nur so dem Grundsatz der beschränkten Haftung noch Rechnung getragen werden konnte[111]). Um ein solches inneres Haftungsverhältnis handelt es sich aber bei der Nebenleistungsgesellschaft nicht, vielmehr stehen hier die Leistungen von vornherein fest, nur die Dauer kann u. U. ungewiß sein. Dazu tritt der weitere Umstand, daß Nebenleistungen in der Regel nicht unentgeltlich verlangt werden und — soweit nicht ausnahmsweise die Satzung etwas anderes bestimmt — auch nicht ohne Gegenleistung gefordert werden dürfen. Wenigstens gilt das von den Verpflichtungen zur Leistung irgendwelcher Vermögenswerte, insbesondere Lieferungen, die ja überhaupt nur der Nachschußpflicht als das Vermögen des Mitglieds belastend vergleichbar zur Seite gestellt werden können. Umsoweniger besteht daher Anlaß, dem Mitglied ein dem § 61 G. m. b. H.-Gesetz entsprechendes Abandonrecht einzuräumen.

Die stets gegebene Möglichkeit einer Lösung aus der Korporation ist der oben erwähnte Weg der Veräußerung der Aktie oder des Anteils. Bei sämtlichen Nebenleistungsgesellschaften kann die Veräußerung des Mitgliedschaftsrechts nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen[112]). Dies ist nach § 212 HGB, § 3 G. m. b. H.-Ges. zwingenden Rechts. Die Gesellschaft kann also nach freiem Ermessen die Zustimmung erteilen oder versagen. Dieses Ermessen ist jedoch nicht so frei, wie es bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein hat. Die Mitgliedschaft ist ebenso wie ein vertragliches Schuldverhältnis die Grundlage der zwischen Personen bestehenden Rechtsbeziehungen. Die Besonderheit bei der Mitgliedschaft ist die, daß sie den Inbegriff der Rechtsbeziehungen zwischen der Korporation und dem Mitgliede darstellt[113]), das, wenn auch die Körperschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, doch immerhin ihr nicht als Dritter gegenübersteht, sondern ein organischer Teil derselben ist. Wegen des hierin begründeten personenrechtlichen Charakters erscheint es zwar nicht angängig, die Mitgliedschaft etwa schon ganz als Schuldverhältnis anzusprechen, das sich nur durch die Art der Entstehung von dem vertraglichen und gesetz-

---

[110]) s. o. § 3 b aa.

[111]) Feine S. 323; Scholz § 27 Anm. 1.

[112]) Auch hier kann die Streitfrage unerörtert bleiben, ob die Zustimmung zur Veräußerung erteilt wird, oder ob nur die Aufnahme des neuen Gesellschafters von der Zustimmung der Gesellschaft abhängt.

[113]) vgl. Riesenfeld S. 10.

lichen Schuldverhältnis des bürgerlichen Rechts unterschiede. Gleichwohl erscheint es notwendig, die für das Schuldverhältnis ausdrücklich aufgestellten Grundsätze, die allgemein die zwischen Personen bestehenden Rechtsverhältnisse beherrschen, auch hier zur Anwendung zu bringen, soweit nicht die körperschaftsrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses, insbesondere die bestehende Unterordnung des Mitglieds unter die Korporation entgegensteht. Insbesondere die Vorschrift des § 242 BGB ist nicht eine typisch schuldrechtliche Bestimmung, ist vielmehr Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens. Alle Rechtsbeziehungen zwischen Personen stehen unter dem obersten Gesetz von Treu und Glauben[114]). Die Grundsätze von Treu und Glauben beherrschen das gesamte Privatrecht. Es haben sich daher auch die in der Mitgliedschaft zusammengefaßten Rechtsbeziehungen nach ihnen zu richten[115]). Diese Ansicht wird auch vom Reichsgericht in RGZ 128 S. 1 ff. und von Herzog[116]) — von diesen allerdings zur Begründung anderer Folgerungen — vertreten. Demzufolge darf die Gesellschaft, da der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur für die Erfüllung der Pflichten, sondern im gleichen Maße für die Ausübung der Rechte gilt (vgl. § 226 BGB), ihre Zustimmung zur Veräußerung der Aktie oder des Anteils nicht ohne einen durch die eigenen wirtschaftlichen Interessen gerechtfertigten Grund und ohne Rücksicht auf das Interesse des Mitgliedes verweigern.[117]).

Die Abgrenzung dieses Begriffs von dem des freien Ermessens wird freilich in der Praxis häufig schwer fallen. Die Lösung erscheint jedoch richtig, wenn man bedenkt, daß Freiheit des Handelns nicht mit schrankenloser Willkür gleichgesetzt werden darf. Freiheit bedeutet auch im Rechtsleben Selbstbeschränkung. Demgemäß kann die Vorschrift, daß die Erteilung oder Versagung der Zustimmung zur Veräußerung der Aktie oder des Anteils im freien Ermessen der Gesellschaft stehe, nur besagen, daß die Gesellschaft zwar eine ihrem Interesse entsprechende, jedoch niemals gegen Treu und Glauben verstoßende Entscheidung treffen darf.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß dem austrittslustigen Gesellschafter ein klagbarer Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erteilung der Zustimmung zum Austritt zusteht, sofern dies nach Treu und Glauben begründet erscheint. Die Aufstellung dieser Forderung bedeutet nicht etwa einen unzulässigen Eingriff in das innere Vereinsrecht. Denn es ist anerkannten Rechts[118]), daß zwar Vereinsautonomie besteht, daß aber gleichwohl die Frage der formellen Gültigkeit von Vereinsbeschlüssen und auch in materieller Hinsicht eine in dem Beschluß liegende grobe Unbilligkeit, d. h. also grober Verstoß gegen das über allen positiven Rechtsnormen, also auch über der Vereinsautonomie stehende Gesetz des objektiv richtigen Rechts[119]), der richterlichen Nachprüfung nicht entzogen ist.

Die Frage ist hiernach nur noch die, wann nach den also anwendbaren Grundsätzen von Treu und Glauben die Gesellschaft die Zustimmung zur Veräußerung des Anteils oder der Aktie erteilen muß

---

[114]) vgl. Stammler, insbes. S. 40 f.
[115]) vgl. Enneccerus-Nipperdey I 1 § 105 III.
[116]) s. o. § 3 b dd.
[117]) vgl. auch Schütt S. 50, Brodmann A. G. § 212, Anm. 2 e.
[118]) H. Lehmann, § 59 IV 2 a; RGZ 106, 120 ff.; RG in LZ 1914, 949 Nr. 15; Staub-Pinner Anm. 15.
[119]) vgl. Stammler a. a. O.

und wann sie dieselbe versagen kann. Die Beantwortung wird im Einzelfall verschieden sein. Im großen und ganzen lassen sich etwa folgende Richtsätze aufstellen:

1. Die Gesellschaft hat ihr eigenes Interesse und damit das der Gesamtheit ihrer Aktionäre oder ihrer Gesellschafter sowie das ihrer Gläubiger wahrzunehmen.
2. Sie hat die besonderen Verhältnisse des Gesellschafters, der auszutreten wünscht, unter verständiger Würdigung seiner Interessen zu beachten.
3. Sie hat die gegeneinanderstehenden Interessen abzuwägen, wobei auf folgendes Gewicht zu legen ist:
   a) Stellt der Gesellschafter einen gleich leistungsfähigen und vertrauenswürdigen Erwerber wie sich selbst oder einen besseren, so hat die Gesellschaft unter allen Umständen ihre Zustimmung zu erteilen. Hierbei ist zu beachten, daß der Begriff der Vertrauenswürdigkeit über den der Kreditwürdigkeit hinausgeht. Die Gesellschaft hat nicht nur ein Interesse an der Zahlungsfähigkeit des Aktionärs oder Gesellschafters, sondern wegen ihres genossenschaftlichen Charakters auch an seiner Persönlichkeit.
   b) Stellt er einen Nachfolger, der als vollwertiger Ersatz nicht angesehen werden kann, so kommt es auf die Vermögenslage der Gesellschaft an, ob sie das ihr hierdurch erwachsende Risiko zu tragen imstande ist.
   c) In beiden vorgenannten Fällen muß die Lage des Gesellschafters eine solche sein, daß ihm die Fortsetzung des Mitgliedschaftsverhältnisses füglich nicht zugemutet werden kann. In allen anderen Fällen ist die Gesellschaft in ihren Entscheidungen ungebunden.

Bei der bloßen Zubilligung dieser Lösungsmöglichkeit wird freilich nur in den allerseltensten Fällen dem Mitglied eine Befreiung aus seinem mitgliedschaftlichen Bande gelingen, da die Stellung eines Ersatzmannes — wie bereits einleitend ausgeführt wurde — regelmäßig mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist. Man wird aber, ohne dem Gesetz Gewalt anzutun, noch einen Schritt weitergehen und auch ohne Stellung eines Ersatzmannes dem Mitglied eine Loslösung gestatten dürfen. Denn nach den im § 1 dieser Arbeit angestellten Untersuchungen macht es rechtlich keinen Unterschied, ob die Aktie oder der Anteil durch die Korporation selbst oder durch einen beliebigen Dritten erworben wird, wenn auch wirtschaftlich betrachtet eine ganz andere Austrittsart vorzuliegen scheint. So können denn auch unbedenklich die unter a) und b) entwickelten Gedankengänge dahin fortgeführt werden, daß man dem Gesellschafter, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, er aber nicht in der Lage ist, auch nur einen nicht vollwertigen Nachfolger zu stellen, das Recht zubilligt, von der Gesellschaft selbst die Abnahme seiner Aktie oder seines Anteils zu verlangen.

Die Forderung geht freilich weit über den Anspruch auf Zustimmung hinaus und stellt nach dem Inhalt der begehrten Leistung nicht nur grad- sondern auch artmäßig einen Unterschied zu jenem Verlangen auf Zustimmung dar, indem dort nur die Mitwirkung zum Austritt, hier aber die Übernahme der freiwerdenden Mitgliederstelle selbst gefordert wird. Betrachtet man aber die rechtliche Grundlage dieses Anspruchs, so ergibt sich, daß auch er aus dem gleichen sozialrechtlichen Treuverhältnis zwischen Korporation und Mitglied begründet

ist. Und wirtschaftlich gesehen bedeutet er nur eine weitere Erhöhung des Risikos, das schon bei Zubilligung des unter b) erwähnten Anspruchs besteht.

Zu beachten ist, daß die hier genannte Art der Befreiung in der Praxis wegen der erwähnten Schwierigkeiten bei der Auffindung eines Abnehmers die regelmäßige sein dürfte. Der Anspruch besteht aber nur, sofern die Voraussetzungen des § 226 HGB und § 33, II G. m. b. H.-Ges. vorliegen. Daß ein Mitglied diesen Anspruch auch dann haben sollte, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften nicht gegeben sind, kann auch, soweit ein Verstoß den Erwerb nicht unwirksam macht[120]), nicht angenommen werden, da es zu weit führen würde, ihm einen gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot gerichteten Anspruch zubilligen zu wollen.

Damit ist ein der Ansicht Fischers gleichkommendes Ergebnis erzielt, wenn auch die Begründung eine andere ist.

Es darf hierbei darauf hingewiesen werden, daß die vorstehend entwickelten Gedankengänge nicht nur für die Nebenleistungsgesellschaft sondern für alle handelsrechtlichen Kapitalgesellschaften gelten, bei denen die Zustimmung zur Veräußerung der Mitgliedschaft, sei es satzungsmäßig, sei es gesetzlich in das freie Ermessen der Korporation gestellt ist. Wenn also in manchen Satzungen darüberhinaus bestimmt ist, daß die Zustimmung nur aus wichtigem Grunde verweigert werden darf, so bedeutet das nicht die Fixierung der soeben entwickelten Grundsätze, sondern es liegt darin eine noch weitergehende Einschränkung der Ermessenfreiheit der Körperschaft. Ist demnach in einer Satzung die erwähnte Bestimmung getroffen, so darf die Gesellschaft ihre Zustimmung nur dann verweigern, wenn abgesehen von jenen bei allen Gesellschaften zu berücksichtigenden Gesichtspunkten noch sonstige Interessen gefährdet sind. Immerhin wird die praktische Bedeutung dieser Lösung im wesentlichen bei den Nebenleistungsgesellschaften hervortreten, da gerade ihre Mitglieder wegen ihrer Dauerbindung im besonderen Maße an einer Befreiungsmöglichkeit interessiert sind. — Für die Frage der Anfechtung der Übernahme der Nebenleistungspflicht sowie für die Frage, ob unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktritt von der Nebenleistungpflicht wegen Nichterfüllung möglich ist, ergibt sich aus den vorstehend angestellten Untersuchungen, daß eine Teilanfechtung oder Teilrücktritt nach dem Grundsatz der Unzerreißbarkeit eines Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist. Selbst wenn man von der überwiegenden Meinung in der Rechtslehre ausgeht, daß der Vermögenswert der Nebenleistungen nicht zu dem gesetzlich vorgesehenen Garantiefonds der Kapitalgesellschaft gehört, und daß die allgemeine Anfechtung nur wegen der Unverletzbarkeit desselben ausgeschlossen ist, so rechtfertigt diese Feststellung noch nicht die verschiedene Behandlung von u n selbständigen Teilen eines einheitlich begründeten und als Einheit bestehenden Rechtsverhältnisses. Denn auch Anfechtung und Rücktritt könnten, wofern man sie überhaupt für zulässig halten wollte[121]), nur dann in Frage kommen, wenn die Nebenleistungen einen s e l b ständigen Teil der Mitgliedschaft ausmachten. Daß dies nicht der Fall ist, haben die obigen Untersuchungen ergeben. Die hierin abweichende Ansicht Hachenburgs und seiner Anhänger[122]) ist daher abzulehnen.

[120]) vgl. für die A. G. die ausdrückliche Vorschrift des § 226, II HGB.; für das Recht der G. m. b. H. statt anderer Hachenburg § 33 Anm. 9.

[121]) dagegen mit Recht Ruth, Eintritt u. Austritt, S. 512. vgl. auch oben § 1 d.

[122]) s. o. § 3 b, bb.

Es bliebe also nur die Möglichkeit, unter gegebenen Voraussetzungen die gesamte Übernahme der Mitgliedschaft anzufechten, bezw. von ihr zurückzutreten. Das aber ist bei der Nebenleistungsgesellschaft ebensowenig zulässig wie bei der Grundform der A.G. und G.m.b.H., da sie von derselben nach den getroffenen Feststellungen nicht abweicht. Ein Anfechtungs- und ein Rücktrittsrecht ist mithin den Gesellschaftern einer Nebenleistungs-A. G. und einer Nebenleistungs-G. m. b. H. ebenso wie allen anderen Aktionären oder G. m. b. H.-Gesellschaftern in jeder Richtung schlechthin versagt.

### § 8. Die Wirkung einer Kündigung nach § 8 der Kartellverordnung.

Schließlich steht noch die Frage zur Erörterung, wie nach dem unter Ausschluß von § 8 K. V. gefundenen Ergebnis in der Prüfung der Lösungsmöglichkeit aus der Nebenleistungsgesellschaft das Ausscheiden eines Kartellmitgliedes gemäß § 8 K. V. aufzufassen ist. Schon bei der Darstellung der verschiedenen Standpunkte, die in dieser Angelegenheit von Rechtslehre und Rechtsprechung eingenommen werden, ist darauf hingewiesen worden, daß man das neu geschaffene Kündigungsrecht nach § 8 K. V. entweder als eine neue außerhalb des übrigen Korporationsrechts stehende Rechtseinrichtung auffaßt und sich mit dieser Festellung begnügt, oder daß man eine organische Einfügung des neuen Rechtssatzes in die bisher bestehenden Normen versucht.

Von vornherein abzulehnen ist die der ersteren Gruppe angehörende und am weitesten gehende Ansicht von Lucas[123]). Es kann nicht Sinn und Zweck der Kartellverordnung sein, allein durch die Tatsache ihres Inkrafttretens alle bestehenden Kartellverhältnisse zu zerreißen und aus jeder Kartellmitgliedschaft zwei Rechtsverhältnisse, nämlich a) die gesellschaftliche oder körperschaftliche Mitgliedschaft und b) den in seinen Umrissen recht unklaren Kartellvertrag als Inbegriff aller aus der Gesamtmitgliedschaft herausgenommenen kartellartigen Bestandteile zu schaffen. Auch der Wortlaut der Kartellverordnung gibt für eine solche Auslegung keinen Anhalt. Denn von der Schaffung einer besonderen Vertragsgattung der Kartellverträge verlautet in der Kartellverordnung nichts.

Auch die Ansicht Brodmanns, Flechtheims, Isays usw., die die Aufkündigung der Nebenleistungen allein als Folge eines Vorgehens nach § 8 K. V. ansehen, ist abzulehnen. Wenn sie auch eine mittelbare Einwirkung dieser Kündigung auf den übrigen Teil der Mitgliedschaft annehmen und dadurch zu einem wirtschaftlich einigermaßen tragbaren Ergebnis kommen, so ist doch die rechtliche Begründung nicht überzeugend. Denn es müssen ihr die gleichen Bedenken entgegengehalten werden, die oben gegen die Verallgemeinerung dieses angeblich in § 8 K. V. enthaltenen Rechtsgedankens vorgebracht sind. Zudem kann auch wirtschaftlich diese Lösung nicht in vollem Umfange befriedigen. Der Fehler liegt darin, daß nicht eine sofortige unmittelbare Lösung der Gesamtmitgliedschaft des Kündigenden herbeigeführt wird, sondern zum mindesten noch für eine gewisse Zeit ein Schwebezustand bestehen bleibt. Dieses Ergebnis wird dem Sinn der Kartellverordnung nicht gerecht.

Richtig kann daher nur eine Auslegung erscheinen, nach der die Vorschrift des § 8 K. V. auf organische Weise ganz allgemein

---

[123]) vgl. hierzu und zu allen weiteren Schrifttumsangaben dieses Paragraphen oben § 4.

dem Mitglied eines Kartells unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit gibt, aus dem bei Bestand bleibenden Kartellverhältnis auszuscheiden.

Diese Regelung trifft für alle Kartelle, gleichgültig welcher Rechtsform, zu. Wenn man das Kündigungsrecht nach § 8 der Kartellverordnung dem Rechte des in Frage kommenden Kartells organisch einfügen, d. h. aus ihm heraus verständlich machen will, so gibt es hinsichtlich der Wirkungen wiederum zwei Möglichkeiten: entweder es treten die Wirkungen nach dem Rechte der betreffenden Gesellschaft oder Körperschaft schlechthin ein; das würde zur Folge haben, daß in einigen Fällen die Gesellschaft ganz aufgelöst würde (bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, G. m. b. H.), in anderen Fällen das Mitglied zwar ausschiede, die Korporation aber als solche bestehen bliebe (e. V.), so die Ansicht Hachenburgs, in noch anders gelagerten Fällen schließlich die Kündigung wirkungslos bliebe, wenn im Rechte der betreffenden Vereinigungsform eine entsprechende Art des Ausscheidens nicht vorgesehen ist (A. G.). Oder aber das Gesetz wollte dem Mitglied jedes Kartells ganz allgemein ohne Rücksicht auf die Rechtsform die Möglichkeit geben, unter Bestehenlassen der Korporation im übrigen auszuscheiden. Der letztgenannte Weg entspricht dem Sinn des Gesetzes offensichtlich am meisten, da § 8 K. V. nicht dem Mitglied ein Recht an die Hand geben wollte, das Kartell aufzulösen, sondern ihm vielmehr lediglich persönlich eine Lösungsmöglichkeit schuf. Denn für die Erreichung des erstgenannten Zwecks ist eine besondere Vorschrift, nämlich die des § 4 in die Kartellverordnung aufgenommen. Nur beim Vorliegen der in ihr genannten Voraussetzungen soll das gesamte Kartell beseitigt werden.

Auch wenn man sich für die letztgenannte Auslegung entscheidet, muß das Ausscheiden organisch, also dem Wesen der betreffenden Körperschaft entsprechend erfolgen, d. h. es muß so vor sich gehen, daß das Mitglied eine Befreiung von seiner Bindung erreicht, andererseits aber auch die Vereinigung durch sein Ausscheiden in ihrem Bestande nicht berührt wird; und weiter muß es bei Berücksichtigung dieser beiden Punkte in einer Form geschehen, die zwar nicht unbedingt den gesetzlichen Folgen einer Trennung von Mitglied und Vereinigung zu entsprechen braucht, deren satzungsmäßige Einführung aber dem Recht der betreffenden Gesellschaft oder Korporation nicht fremd wäre. Nach dieser Auslegung hat eine Kündigung nach § 8 K. V. bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Folge, daß das Mitglied ausscheidet, die Gesellschaft im übrigen aber bestehen bleibt. Denn diese Erscheinung ist dem Recht der Gesellschaft des BGB durchaus nicht wesensfremd, sondern in § 737 BGB sogar auf Grund vertraglicher Vereinbarung ausdrücklich vorgesehen. Beim eingetragenen Verein entspricht das Ausscheiden des einzelnen Mitgliedes ohne Beeinflussung des Bestandes des Vereins dem gesetzlichen Regelfall.

Bei der A. G. und G. m. b. H. bedarf es einer näheren Prüfung, auf welche Weise man dem erstrebten Ziel am nächsten kommt. Ein glattes Ausscheiden wie etwa beim eingetragenen Verein ist mit Rücksicht auf den eigenartigen kapitalistischen Charakter der A. G. und G. m. b. H. nicht möglich. Eine Gleichsetzung mit der in § 61 G. m. b. H.-Gesetz geschaffenen Kündigungsklage ist deshalb nicht angängig, weil durch sie die Körperschaft aufgelöst wird, was hier gerade vermieden werden soll. Die Lösungsmöglichkeit durch Veräußerung der Mitgliedschaft hat um deswillen hier außer Betracht zu bleiben, weil dabei die Wirksamkeit von dem Eintritt eines Dritten abhängig ist, die Kartellverordnung aber die Stellung eines Ersatzmannes nicht

zur Voraussetzung des Austritts gemacht hat, vielmehr eine solche Erschwerung dem Sinn der Kartellverordnung widersprechen würde. Die einzigen sonst noch gesetzlich vorkommenden Befreiungsmöglichkeiten sind sonach die des Abandons und der Einziehung. Jedoch kommt das Abandonrecht nur bei der G. m. b. H. und auch da allein bei den Gesellschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht vor. Wegen dieses eng beschränkten Anwendungsgebiets bestehen, wie schon in anderem Zusammenhange ausgeführt ist, hinsichtlich einer Rechtsanalogie Bedenken. Diese Bedenken verstärken sich, wenn man die Besonderheiten des Abandonverfahrens, das ausschließlich auf die Nachschuß-G. m. b. H. zugeschnitten ist, betrachtet.

Was die Einziehung anbetrifft, so ist sie sowohl im Recht der A. G. wie auch im Recht der G. m. b. H. vorgesehen. Allerdings ist die Interessenlage im Regelfall der Einziehung die umgekehrte. Nicht der Aktionär oder Gesellschafter will sein Mitgliedschaftsrecht aufgeben, sondern die Gesellschaft benötigt dasselbe zu irgendwelchen Zwecken (etwa Herabsetzung des Grundkapitals). Immerhin steht aber soviel fest, daß auf diese Weise eine Trennung von Gesellschaft und Mitglied möglich ist.

Bei der regelmäßigen Einziehung sind zwei Arten zu unterscheiden:[124]) die Amortisation, die dadurch geschieht, daß die Gesellschaft das Anteilsrecht wie ein Dritter erwirbt (z. B. durch Ankauf an der Börse) und diejenige, die durch Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise erfolgt. Während bei der ersten Art eine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Mitglied die Voraussetzung bildet und das Mitglied seines Rechts erst in dem Zeitpunkt verlustig geht, in dem die Gesellschaft die Aktie oder den Anteil erwirbt, genügt im zweiten Fall schon die einseitige Willenserklärung zum Untergang der Mitgliedschaft.

Der Gedanke liegt nahe, daß ein solcher Fall wie der letztgenannte durch § 8 K. V. geschaffen worden ist. Alsdann würde sich folgendes Ergebnis herausstellen: § 8 K. V. ersetzt eine entsprechende satzungsmäßige Festsetzung des Kündigungsrechts auf Seiten des Gesellschafters, das in seiner Wirkung einem Einziehungsrecht auf Seiten der Körperschaft gleichsteht. Die Ausübung desselben hat daher ebenso wie jenes das sofortige Erlöschen der Mitgliedschaft zur Folge. An die Stelle desselben tritt ein Anspruch auf Ersatz des Wertes gegen die Gesellschaft. Dieser ist jedoch mangels entgegenstehender Satzungsbestimmung durch den aus der Vorschrift des § 227, II HGB. bezw. § 33, II G. m. b. H.-Gesetz ersichtlichen Grundsatz der Unverletzlichkeit des Stammkapitals beschränkt. Ein Entgelt darf daher nur gezahlt werden, soweit ein bilanzmäßiger Reingewinn vorhanden ist. Die Gesellschaft ihrerseits hat auf Grund der Kündigung einen Anspruch[125]) auf Herausgabe der Aktienurkunde bezw. des Geschäftsanteilspapiers[126]). Nicht etwa soll die Sachlage so aufgefaßt werden, daß dem Kündigenden auf Grund der Kündigung ein obligatorischer Anspruch

---

[124]) vgl. Hirschland S. 12. ff., 17 ff., 25.

[125]) Zu dem Anspruch der Gesellschaft vgl. statt anderen Hirschland, S. 25.

[126]) Die rechtliche Grundlage des Herausgabeanspruchs ist allerdings eine verschiedene. Während der Aktiengesellschaft ein dem § 227 HGB. entsprechendes Recht zusteht, ist der Anspruch auf Herausgabe des Anteilscheines, der, wofern er überhaupt ausgestellt ist, nur eine Beweisurkunde darstellt, aus § 371 BGB. begründet. vgl. Feine, Seite 289 ff.

auf Amortisation zusteht[127]). Vielmehr ist durch die Kartellverordnung jedem Mitglied des Kartells das Gestaltungsrecht eingeräumt, unter gewissen Voraussetzungen sein Ausscheiden herbeizuführen, und die Ausübung desselben führt die gleiche Rechtslage herbei wie ein Einziehungsakt von Seiten der Gesellschaft. Auf diese Weise wird erreicht, daß der Gesellschafter sofort mit der Kündigungserklärung aus § 8 K. V. seiner Mitgliedschaft ledig ist.

Der Bestimmung, daß ein Entgelt nur bezahlt werden darf, soweit ein verfügbarer Gewinn vorhanden ist, steht § 9, VII K. V. nicht im Wege, da ein hierdurch etwa entstehender Verlust nicht ein dem Mitglied zur Erschwerung seines Ausscheidens auferlegter, sondern aus der Natur der Sache entstandener Schaden ist[128]). Da darüber hinaus gesetzliche Voraussetzung der Einziehung die Volleinzahlung der Aktie oder der Stammeinlage ist, muß man unbeschadet der Vorschrift des § 9, VII K. V. gegebenenfalls aus dem gleichen Grunde die Einzahlung als Wirksamkeitsbedingung der Kündigung ansehen. Denn wollte man in diesem Fall die Einziehung von einem Kapitalherabsetzungsbeschluß der Gesellschaft abhängig machen[129]), so würde man das Ausscheiden in die Macht der Gesellschaft stellen, was nach dem Sinn der Kartellverordnung gerade vermieden werden soll.

Besser als durch diese vielleicht etwas gewagte Konstruktion eines der Amortisation entsprechenden Rechtes, dessen gesetzliche Grundlagen doch immerhin zu gewissen Bedenken Anlaß geben können, da im geltenden Recht eine der Amortisationsbefugnis ähnliche Berechtigung auf Seiten des Gesellschafters nicht bekannt ist, kommt man auf einem Wege zum Ziel, der in gewisser Weise an Flechtheim und auch an Lucas anknüpft, insofern als beide in dem durch die Kartellverordnung geschaffenen Kündigungsrecht mehr sehen, als nur eine Austrittserklärung. Verwendet man den Flechtheimschen Gedanken und die Lucassche Ansicht, so ergibt sich bei einer allerdings anderen Art ihrer Verwertung eine Möglichkeit, ein Ausscheiden nach § 8 K. V. als das zu erkennen, was es in Wahrheit allein sein kann, wenn anders Anspruch darauf erhoben wird, es organisch zu erklären, nämlich als einen sozialrechtlichen Konstitutivakt. Daß man die Einwirkung der Kartellverordnung auf alle Kartellverträge nicht in der Weise auffassen darf wie Lucas, der meint, daß durch die Kartellverordnung alle Kartellverträge in zwei Bestandteile zerrissen werden, ist bereits ausgeführt worden. Der Zweck der Kartellverordnung ist der: Sie schafft die unmittelbare Grundlage dafür, daß jedes Mitglied ohne Rücksicht auf die Rechtsform des Kartells durch einseitige Erklärung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 K. V. seine mitgliedschaftlichen Beziehungen lösen kann. Demgemäß sind die Wirkungen dieser Beeinflussung durch die Kartellverordnung — wie oben ausgeführt wurde — je nach dem Rechtscharakter des betreffenden Kartells verschieden. Für die A. G. und G. m. b. H. folgt hieraus, daß die sonst notwendige Zustimmung der Korporation durch die Kartellverordnung ersetzt ist. Die hierdurch geschaffene Lage hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der bei der A. G. gegebenen, wenn diese ihre Aktien auf den Inhaber gestellt hat. Bei ihr liegt die stillschweigende Zustimmung zum Austritt der Mitglieder darin, daß sie Inhaberaktien ausgegeben hat. Ebenso wird auch bei der Kartellgesellschaft eine stillschweigende Zustimmung als dem Gesellschaftsvertrag immanent angesehen. Nur tritt bei dieser an die

[127]) J. v. Gierke § 49, C 1.

[128]) a.A. Isay-Tschierschky, Anm. 63; Lenich-Fischer § 9 Anm. 9 (wie hier: Fischer).

[129]) Feine S. 358/59.

Stelle satzungsmäßiger Bestimmung die Gesetzesvorschrift. Wie aber bei der allgemeinen Darstellung der körperschaftlichen Lösungsmöglichkeiten bereits erwähnt wurde, kommt der körperschaftliche Gesamtwillensakt, durch den allein das Ausscheiden aus der Kapitalgesellschaft erfolgen kann, nur unter der Voraussetzung zustande, daß sich ein Abnehmer der Aktie oder des Anteils findet. Darauf, daß es gerade bei der Nebenleistungsgesellschaft große Schwierigkeiten macht, eine solche zu finden, ist ebenfalls bereits hingewiesen. Da aber nach dem Sinn der Kartellverordnung eine solche Erschwerung des Austritts nicht statthaft ist, so muß die Kartellverordnung noch eine weitere Wirkung haben, wenn wirklich im vollen Umfange das Ausscheiden des Mitgliedes nur noch von der Erklärung seiner Kündigung abhängig sein soll. Dies geschieht dadurch, daß die Kartellgesellschaft selbst ihre Bereitschaft zur Übernahme der Aktie oder des Anteils erklärt. Die ausdrückliche Kundgabe derselben wird ebenfalls durch die gesetzliche Vorschrift ersetzt. Diese Bereitschaft besteht dauernd und unwiderruflich; sie wird akut bei dem Eintritt der im § 8 K. V. genannten Voraussetzungen. Sobald daher das Mitglied kündigt, ist mit dieser Kündigung sein Ausscheiden vollzogen, und die Aktie, bezw. der Geschäftsanteil auf die Körperschaft übergegangen. Die Folgen des Überganges sind die gleichen, die stets bei der Übernahme eigener Aktien in Erscheinung treten.

Das Ergebnis dieser Auslegung ist dasselbe, wie es durch satzungsmäßige Bestimmung im Wirtschaftsleben häufig vorzufinden ist. Auch hierauf ist bereits im Kapitel I hingewiesen. Die vorstehend angenommene Allgemeinwirksamkeit der Kartellverordnung ist nicht der einzige Fall, in dem eine objektiv bindende Rechtsnorm kraft ihrer gesetzlichen Autorität zum Inhalt jedes ihr unterfallenden Vertrages gestaltet ist. Vielmehr ist eine solche Rechtslage auch sonst im geltenden Recht vorzufinden, z. B. beim Tarifvertrag im Arbeitsrecht. Auch er greift in jeden einzelnen in seinem Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsvertrag mit zwingender Kraft ein[130]). Bedenken rechtssystematischer Art können daher gegen die gefundene Auslegung wohl kaum erhoben werden. Andererseits hat sie den Vorzug, daß der Austritt in einer dem Recht der A. G. und G. m. b. H. entsprechenden Form erfolgt, und daß gleichwohl das Kartellmitglied wie bei jeder anderen Rechtsform des Kartells mit sofortiger Wirkung aus der Kartellnebenleistungsgesellschaft auszuscheiden vermag[131]).

## § 9. Die wirtschaftliche Brauchbarkeit der gefundenen Lösung.

I. Die wirtschaftliche Brauchbarkeit der gefundenen Lösung ist offensichtlich. Derjenige, der sich einer Gemeinschaft einordnet, muß es sich gefallen lassen, daß deren Interessen seinen eigenen vorgehen. Dieser Satz gilt auch im Wirtschaftsleben. Infolgedessen ist es durchaus billig, daß jemand, der einer Nebenleistungsgesellschaft beitritt und sich damit deren zugegebenermaßen sehr scharfen Bindungen unterwirft, nicht aus irgendwelchen in seiner Person liegenden, wenn auch von da aus gesehen gewichtigen Gründen, seine Mitgliedschaft aufgeben kann, sofern dadurch die Interessen der Gesellschaft in fühlbarer Weise geschädigt werden. Andererseits erscheint es auch ge-

---

[130]) vgl. Kaskel, Seite 43 ff., 47.

[131]) Bezüglich des Entgelts gilt das Gleiche, was bereits auf S. 45/46 ausgeführt ist.

recht, daß die Gesellschaft in der Beurteilung der Notlage ihrer Mitglieder an die Gesetze von Treu und Glauben gebunden ist und nicht nach freier Willkür verfahren kann.

Es folgt hieraus, daß die gefundene Lösung, die in Anlehnung und Weiterführung der von Liebmann und seinen Anhängern vertretenen Ansicht streng aus den gesetzlichen Gegebenheiten begründet ist, ein wirtschaftlich brauchbares Ergebnis enthält, ohne daß eine mit den Grundsätzen des Körperschaftsrechts in Widerspruch stehende Konstruktion notwendig gewesen wäre.

II. Ebenso entspricht auch die dem § 8 K. V. gegebene Auslegung dem praktischen Bedürfnis. Wie es rechtsmethodisch befriedigt, die Wirkungen einer nach § 8 K. V. ausgesprochenen Kündigung unter einem einheitlichen Gesichtspunkt betrachten zu können, so ist auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus das Ergebnis zufriedenstellend. Denn einerseits ist jedes Mitglied eines beliebig gearteten Kartells ohne Unterschied des rechtlichen Aufbaues desselben imstande, seine Mitgliedschaft zu der Kartellgesellschaft zu lösen. Das ist umso bedeutsamer, als die Mitglieder sich über die Rechtsform des Kartells, dem sie beitreten, in zahlreichen Fällen nicht im klaren sind. Andererseits findet aber auch jedes Kartell bei einer Kündigung nach § 8 K. V. stets die gleiche Rechtslage vor. Es sind also nicht die Kartell-A.G. und -G. m. b. H. gegenüber Kartellen anderer Rechtsform insofern benachteiligt, als sie etwa das weitere Verbleiben eines Kartellmitgliedes, das sich seiner Kartellpflichten entledigt hat, dulden müßten.

Auch daß das Ausscheiden des Gesellschafters davon abhängig ist, daß er seine Kapitaleinlagepflicht in vollem Umfange erfüllt hat und daß er hierbei u. U. seine Einlage verliert, ist durchaus billig. Denn die Kündigung nach § 8 K. V. soll, obwohl sie in erster Linie eine Schutzvorschrift für das einzelne Mitglied darstellt, nicht dazu führen, ihn im Gegensatz zu den kartelltreuen Mitgliedern seines Kapitalrisikos zu entheben. Im übrigen ist die Tragweite dieser Erschwerung des Kündigungsrechts nach § 8 K. V. gering, da das Kapital der Kartellgesellschaften im Regelfall die gesetzliche Mindestgrenze kaum überschreitet.

## LEBENSLAUF.

Am 27. IX. 1909 wurde ich als Sohn des im Jahre 1930 verstorbenen Versicherungsdirektors und kgl. sächs. Hauptmanns d. L. a. D. Paul Joachimi und seiner Ehefrau Margarete geb. Schwencke in Neubrandenburg i. Mecklbg. geboren. Ich besuchte die Vorschule in Neubrandenburg, Lötzen i. Ostpr. und wieder in Neubrandenburg und trat zu Ostern 1919 in das dortige humanistische Gymnasium ein, welches ich zu Ostern 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Anschließend daran bezog ich die Universitäten Marburg, München und Halle, um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen. Ich beendete mein Studium mit der Ablegung der ersten juristischen Prüfung am 21. März 1932 vor dem Oberlandesgericht in Naumburg a. Saale. Am 26. Mai wurde ich zum anhaltischen Referendar ernannt und bin seither im mecklenburgischen Ausbildungsdienst beschäftigt.

Während meiner Studien hörte ich bei den Herren Professoren und Dozenten: Jung, Manigk, Leonhardt, Troeltsch, Merk, Genzmer, Engelmann, Jahrmärker; — v. Beling, van Calcer, Doerr, v. Frank, Kisch, Müller-Erzbach, Wenger; — Ruth, Langheineken, Hein, Bilfinger Fleischmann, Kitzinger, Schmidt, Boehmer, Kisch, Finger, Joerges, Wolff, Jecht, Brodnitz, Jahn, Aubin.

Es sei mir gestattet, an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Ruth für die Anregungen und wertvollen Ratschläge zu meiner Arbeit meinen gehorsamsten Dank auszusprechen.